

**UNIVERSIDADE DE LISBOA**  
**FACULDADE DE DIREITO**



**MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

**FABRÍCIO MEIRA MACÊDO**

PRISÃO E DEMAIS MEDIDAS CAUTELARES EM PROCESSO PENAL À LUZ DA  
CONSTITUIÇÃO: UMA ABORDAGEM LUSO-BRASILEIRA ACERCA DA  
MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS SOB O PRISMA DA PROIBIÇÃO DO  
EXCESSO E PROIBIÇÃO DA INSUFICIÊNCIA

LISBOA  
2016

FABRÍCIO MEIRA MACÊDO

PRISÃO E DEMAIS MEDIDAS CAUTELARES EM PROCESSO PENAL À LUZ DA  
CONSTITUIÇÃO: UMA ABORDAGEM LUSO-BRASILEIRA ACERCA DA  
MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS SOB O PRISMA DA PROIBIÇÃO DO  
EXCESSO E PROIBIÇÃO DA INSUFICIÊNCIA

Dissertação de mestrado no âmbito do **Curso de Direito Constitucional** realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – FDUL, em parceria com a escola da magistratura de Pernambuco – ESMAPE.

Orientador: Professor Doutor Rui Guerra da  
Fonseca.

LISBOA  
2016

FABRÍCIO MEIRA MACÊDO

PRISÃO E DEMAIS MEDIDAS CAUTELARES EM PROCESSO PENAL À LUZ DA  
CONSTITUIÇÃO: UMA ABORDAGEM LUSO-BRASILEIRA ACERCA DA  
MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS SOB O PRISMA DA PROIBIÇÃO DO  
EXCESSO E PROIBIÇÃO DA INSUFICIÊNCIA

Dissertação de mestrado no âmbito do **Curso de Direito Constitucional** realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – FDUL, em parceria com a escola da magistratura de Pernambuco – ESMAPE.

Lisboa, \_\_\_\_/\_\_\_\_/2016

**BANCA EXAMINADORA:**

PROF. DOUTOR .....  
INSTITUIÇÃO .....  
JULGAMENTO.....ASSINATURA .....

PROF. DOUTOR .....  
INSTITUIÇÃO .....  
JULGAMENTO.....ASSINATURA .....

PROF. DOUTOR .....  
INSTITUIÇÃO .....  
JULGAMENTO.....ASSINATURA .....

**Curso de Direito Constitucional**

Professor Doutor Rui Guerra da Fonseca  
Orientador – Universidade de Lisboa

*Dedico este trabalho a todos os que lutam pelo aperfeiçoamento do Poder Judiciário Brasileiro e sua afirmação como instrumento de concretização da Justiça, assim como por uma sociedade mais livre, justa e solidária.*

## **AGRADECIMENTOS**

*Agradeço a Deus, princípio e fim de todas as coisas, à minha esposa Daiane, pelo incentivo nos momentos difíceis, aos meus pais e ao meu filho Fabrício pela compreensão durante os períodos de ausência prolongada.*

*Agradeço, ainda, ao meu orientador, o Professor Doutor Rui Guerra da Fonseca, por todo o apoio, suporte e atenção a mim dispensados durante o desenvolvimento desta dissertação, assim como à Professora Doutora Carla Amado Gomes, pelo incentivo e atenção.*

É porque o sistema atual da jurisprudência criminal apresenta aos nossos espíritos a ideia da força e do poder, em lugar da justiça; é porque se lançam, indistintamente, na mesma masmorra, o inocente suspeito e o criminoso convicto; é porque a prisão, entre nós, é antes um suplício que um meio de deter um acusado; é porque, finalmente, as forças que defendem externamente o trono e os direitos da nação estão separadas das que mantêm as leis no interior, quando deveriam estar estreitamente unidas.

*Cesare Beccaria*

## RESUMO

A presente dissertação analisa os institutos da prisão e demais medidas cautelares em processo penal, no Brasil e em Portugal, a partir de uma perspectiva constitucional, na qual se exige a fundamentação das decisões judiciais, apta a resolver o conflito, inerente ao processo, entre os direitos fundamentais à liberdade e à segurança pública. Investiga-se a legislação infraconstitucional acerca da matéria, assim como a doutrina brasileira e portuguesa, verificando que se encontra estruturada de modo a permitir a atuação proporcional do Poder Judiciário no caso concreto, tendo em vista a previsão de diversas medidas cautelares, desde a mais branda até a mais restritiva. Constata-se a inconsistência da motivação de decisões judiciais em ambos os Países, ora pela utilização inadequada da linguagem, ora por não resolver adequadamente a tensão entre os direitos fundamentais em confronto. Propõe-se o princípio da proporcionalidade, em seu aspecto de proibição do excesso e proibição da insuficiência, como critério de justa medida na determinação da medida cautelar adequada, evitando restrições injustificadas à liberdade do acusado, bem como proteção insuficiente à segurança pública, ressaltando a imprescindibilidade de utilização de argumentação jurídica consistente, através da utilização da proporcionalidade, a partir da concepção da integridade do direito, mesmo dentro da margem de conformação deixada pelo legislador, a evitar atuação desproporcional do Poder Judiciário e consequente arbítrio.

Palavras-chave: Prisão. Medidas cautelares. Processo penal. Constitucional. proporcionalidade. argumentação jurídica. fundamentação das decisões judiciais.

## **ABSTRACT**

This dissertation analyzes the institutes of prison and other precautionary measures in criminal proceedings in Brazil and Portugal, from a constitutional perspective. It requires the reasoning of judicial decisions, able to resolve the conflict inherent in the process of the fundamental rights to freedom and public safety. It investigates the infra-constitutional legislation on the matter, as well as Brazilian and Portuguese doctrine, verifying that is structured to allow the proportional role of the judiciary in this case, in order to forecast various precautionary measures, from the mildest to more restrictive. There has been inconsistency motivation of judicial decisions in both countries, sometimes by the inappropriate use of language, or by not adequately resolve the tension between the fundamental rights at issue. It is proposed that the principle of proportionality in its excess ban on appearance and prohibition of failure as fair measure of discretion in determining the appropriate precautionary measure, avoiding unjustified restrictions on the freedom of the accused as well as security to insufficient protection public, highlighting the indispensability of the use of consistent legal argument, through the use of proportionality, from the right of integrity of the design even within the forming margin left by the legislator to avoid disproportionate actions of the judiciary and the consequent will.

Keywords: Prison - Precautionary measures. Criminal proceedings. Constitutional. Proportionality. Legal reasoning. Reasoning of judicial decisions.



## **RESUMEN**

La presente disertación haz un análisis de los institutos de la prisión y otras medidas cautelares en proceso penal, en Brasil y en Portugal, desde una perspectiva constitucional, en la cuya se requiere la fundamentación de las decisiones judiciales, capaz de resolver el conflicto, inherente al proceso, entre los derechos esenciales a la libertad y la seguridad pública. Se investiga la legislación infra constitucional de la materia, así como doctrina brasileña y portuguesa, verificando que se encuentra estructurada para permitir la actuación proporcional del Poder Jurídico en el caso concreto, considerando la previsión de distintas medidas cautelares, de la más suave a la más restrictiva. La inconsistencia de la motivación de decisiones judiciales en ambos países es constatada, sea pela utilización inadecuada del lenguaje, sea por no solucionar adecuadamente la tensión entre los derechos fundamentales en confronto. Se propone el principio de la proporcionalidad, en su aspecto de prohibición del exceso y prohibición de la insuficiencia, como criterio de justa medida en la determinación de la medida cautelar adecuada, evitando restricciones injustificadas a la libertad del acusado, como también protección insuficiente a la seguridad pública, enfatizando que es imprescindible el uso de argumentación jurídica consistente, por medio de la utilización de la proporcionalidad, a partir de la concepción de la integridad del derecho mismo dentro del margen de conformación dejada por el legislador, para evitar actuación desproporcional del Poder Juridico y consecuente arbitrio.

Palavras clave: Prisión. Las medidas de precaución. Proceso Penal. Constitucional. Proporcionalidad. Argumento Legal. Motivación de las Sentencias.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>2</b>	<b>A ORDEM CONSTITUCIONAL VIGENTE E A LIMITAÇÃO DO PODER .16</b>	
<b>2.1</b>	<b>O Estado de direito.....</b>	<b>16</b>
<b>2.2</b>	<b>Os direitos fundamentais como limitação ao exercício do poder do Estado.....</b>	<b>20</b>
<b>2.3</b>	<b>Direito à liberdade .....</b>	<b>23</b>
<b>2.4</b>	<b>Direito à segurança pública.....</b>	<b>28</b>
<b>2.5</b>	<b>O direito à fundamentação das decisões judiciais.....</b>	<b>33</b>
2.5.1	A fundamentação das decisões judiciais como corolário do devido processo legal .....	33
2.5.2	Motivação das decisões e a integridade do direito .....	35
2.5.3	Fundamentação de decisão judicial e argumentação jurídica .....	40
<b>3</b>	<b>O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE .....</b>	<b>45</b>
<b>3.1</b>	<b>O princípio da proporcionalidade como proibição do excesso .....</b>	<b>45</b>
3.1.1	Aspectos gerais .....	45
3.1.2	O subprincípio da aptidão ou pertinência .....	54
3.1.3	O subprincípio da necessidade .....	56
3.1.4	O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito .....	60
<b>3.2</b>	<b>Princípio da proibição da insuficiência .....</b>	<b>65</b>
<b>4</b>	<b>PRISÃO E MEDIDAS CAUTELARES EM PROCESSO PENAL.....</b>	<b>77</b>
<b>4.1</b>	<b>Medidas cautelares no Brasil .....</b>	<b>77</b>
4.1.1	Escorço histórico .....	77
4.1.2	Aspectos gerais .....	81
4.1.3	Prisões cautelares .....	91
4.1.3.1	<i>Prisões cautelares em geral .....</i>	<i>91</i>
4.1.3.2	<i>Prisão preventiva.....</i>	<i>94</i>
4.1.4	Medidas cautelares diversas da prisão .....	108
4.1.4.1	<i>Disciplina geral.....</i>	<i>108</i>
4.1.4.2	<i>Comparecimento periódico em juízo .....</i>	<i>110</i>

4.1.4.3	<i>Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares .....</i>	111
4.1.4.4	<i>Proibição de manter contato com pessoa determinada.....</i>	112
4.1.4.5	<i>Proibição de se ausentar da Comarca.....</i>	113
4.1.4.6	<i>Recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga .....</i>	114
4.1.4.7	<i>Suspensão do exercício de função pública ou atividade de natureza econômica ou financeira.....</i>	115
4.1.4.8	<i>Internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça .....</i>	115
4.1.4.9	<i>Fiança.....</i>	116
4.1.4.10	<i>Liberdade provisória sem fiança .....</i>	120
4.1.4.11	<i>Monitoração eletrônica .....</i>	121
<b>4.2</b>	<b>Medidas de coação em Portugal .....</b>	<b>122</b>
4.2.1	Escorço histórico .....	122
4.2.2	Disciplina geral .....	124
4.2.3	Termo de identidade e residência .....	126
4.2.4	Caução .....	127
4.2.5	Obrigação de apresentação periódica .....	128
4.2.6	Suspensão do exercício de profissão, de função, de atividade e de direitos .....	128
4.2.7	Proibição e imposição de condutas .....	129
4.2.8	Obrigação de permanência na habitação .....	131
4.2.9	Prisão preventiva .....	132
<b>5</b>	<b>AS MEDIDAS CAUTELARES À LUZ DA PROPORCIONALIDADE.....</b>	<b>133</b>
5.1.	<b>Argumentação jurídica e proporcionalidade.....</b>	<b>133</b>
5.2	<b>As medidas cautelares e a proporcionalidade nos tribunais .....</b>	<b>136</b>
5.3	<b>O princípio da proporcionalidade como efetivo critério de escolha das medidas cautelares ou de coação.....</b>	<b>149</b>
<b>6</b>	<b>CONCLUSÕES .....</b>	<b>168</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>172</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a estudar a aplicação das medidas cautelares no Direito Processual Penal Brasileiro, seja a prisão processual, como medida mais gravosa, ou outras medidas diversas da prisão, mais brandas, portanto, sob a ótica constitucional, informadas pelo princípio da proporcionalidade em seu duplo aspecto: proibição do excesso, em uma perspectiva garantista negativa, com o escopo de evitar a interferência arbitrária do Estado na vida dos cidadãos, e proibição da proteção insuficiente, em uma perspectiva de garantismo positivo.

É inegável que os juízes, em sua atuação no transcorrer de um processo penal, lidam diariamente com a aferição da necessidade de aplicação de medidas cautelares, desde a mais restritiva, a prisão preventiva, até as menos restritivas, como a liberdade provisória, o termo de identidade e residência, a proibição de frequência a determinados lugares, ou proibição de manter contato com determinadas pessoas, seja na salvaguarda da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou mesmo para assegurar a aplicação da lei penal, evitando, assim, a fuga do acusado.

Além da necessidade de escolha da medida cautelar mais adequada ao caso concreto, o juiz, em sua atuação no processo penal, há que proceder, inclusive, à verificação da eventual desnecessidade de aplicação de qualquer delas, sob pena de incorrer em ato desproporcional, excessivo, portanto.

Ao aplicar medidas cautelares em processo penal, o juiz insofismavelmente está a restringir direitos fundamentais, ora privando os acusados, ou ainda meros suspeitos, integralmente da liberdade, ora imponto uma obrigação, como o comparecimento periódico em juízo, ou mesmo uma abstenção, proibindo a presença em determinados lugares, suspendendo o exercício de função pública ou atividade de natureza econômica ou financeira.

Considerando que o princípio da proporcionalidade é indissociável do Estado de direito, posto que guarda relação direta com a limitação do poder e, por conseguinte, com o respeito, fomento e proteção aos direitos fundamentais, este se dirige a toda a atividade estatal, seja no âmbito da administração pública, na atividade legislativa ou mesmo na atividade judicante.

É precisamente neste último aspecto que este trabalho procura se deter, ao analisar, sempre sob a ótica da proporcionalidade, quais as medidas que foram

inseridas na legislação processual penal brasileira, bem como as previstas na legislação portuguesa, com o escopo de evitar uma atuação judicial desproporcional, dentro da ampla margem de ponderação conferida à responsabilidade do juiz.

Ao tratar das medidas cautelares em processo penal, sob a ótica constitucional, contudo, não se buscará analisá-las apenas quando se mostram desproporcionais e, portanto, excessivas, mas sobretudo quando a sua falta ou inadequação enseja proteção insuficiente por parte do Estado, mais especificamente pelo Poder Judiciário.

Será examinada a atuação judicial, portanto, também a partir de um garantismo positivo, haja vista a exigência de uma atuação voltada a uma eficiente proteção aos direitos fundamentais enunciados na Constituição Federal, por ser, o mandamento de proteção, dirigido ao Poder Judiciário, assim como a todos os entes estatais.

Se, por um lado, o Poder Judiciário não pode agir com excesso – sob pena de desrespeitar direito fundamental do acusado ou investigado –, por outro lado não pode deixar de cumprir o seu dever de proteção e não deve agir de modo a proteger, insuficientemente, direitos de terceiros.

Ganhou especial relevo, neste trabalho, a necessidade de serem ponderados os valores em conflito, por meio de decisões fundamentadas, em cumprimento à exigência constitucional, mediante a correta explicitação das restrições impostas aos acusados, ou mesmo a falta delas.

A exigência de uma argumentação jurídica consistente, mesmo quando o juiz decide dentro da margem de conformação deixada pelo legislador, é tratada como indispensável à observância do dever de motivação das decisões judiciais, fundadas na concepção do direito como integridade.

Assim, no capítulo 2, será abordado o contexto da ordem constitucional vigente, inserindo a República Federativa do Brasil e a República Constitucional Portuguesa como Estados de Direito, em sua acepção de respeito aos direitos fundamentais, delineando os contornos básicos do arcabouço constitucional, visando a explicitar o diapasão com que devem ser utilizadas as medidas cautelares, discorrendo, ainda, sobre os direitos fundamentais indispensáveis à compreensão e desenvolvimento deste trabalho: liberdade, segurança pública e fundamentação das decisões judiciais.

A seguir, no capítulo 3, será tratado o princípio da proporcionalidade como o norteador de toda a atividade estatal, inclusive a judiciária, mormente quando necessário ponderar direitos fundamentais conflituosos no curso do processo.

A norma da proporcionalidade será posta como de grande relevância para o controle dos atos decisórios dos juízes no curso de processos penais, haja vista o necessário antagonismo entre o direito à liberdade do acusado e a segurança pública.

No referido capítulo, a proporcionalidade, para além de ser estudada em seu aspecto de proibição do excesso – que tenciona evitar restrições injustificadas à liberdade do acusado ou mesmo à intangibilidade da sua vontade – será abordada em seu aspecto de proibição da proteção insuficiente, decorrente do reconhecimento da dimensão objetiva do direito fundamental à segurança pública, impositiva de uma nova visão e reconhecimento de prestações a todos os poderes do Estado, com o objetivo maior de consagração da ordem jurídica democrática, evitando o déficit na proteção à segurança pública.

Após, no capítulo 4, serão analisadas as medidas cautelares corporais no processo penal brasileiro, a partir das significativas alterações sofridas por este com a vigência da Lei 12.403 de 04 de maio de 2011, bem como as medidas cautelares no processo penal português, demonstrando-se a estruturação dos ordenamentos jurídicos dos dois Países, dotados de instrumentos voltados a possibilitar a utilização de medidas cautelares proporcionais às exigências dos casos concretos.

Não serão objeto deste estudo as medidas cautelares reais, aquelas que objetivam a reparação do dano, bem como assegurar o perdimento de bens no futuro, incidindo sobre o patrimônio lícito do réu ou sobre o proveito do crime, tais como arresto, hipoteca e sequestro, nem tampouco as medidas cautelares referentes à prova, que possuem o escopo de evitar a sua destruição ou perecimento, como a busca e apreensão de documentos e o sistema de proteção às testemunhas.

O estudo recairá, precisamente, sobre as medidas cautelares corporais em processo penal, aquelas que foram previstas pelo legislador, a exemplo das demais, com o escopo de proteção a bens jurídicos relevantes intra ou extraprocessuais, contudo, que impõem restrições à liberdade do acusado, mormente após a reforma já mencionada, ora possibilitando a emissão de uma ordem de abstenção, ora uma

ordem de conduta, criando, assim, uma obrigação para o destinatário da decisão judicial.

No capítulo 5, serão analisadas decisões judiciais, duas proferidas por tribunais brasileiros e uma por tribunal português, com vistas a verificar, na prática, a fundamentação das decisões judiciais que impõem ou deixam de impor medidas cautelares, bem como a aplicação prática do princípio da proporcionalidade.

Será ressaltada a imprescindibilidade de argumentação jurídica consistente, mediante análise substancial da realidade fática e contextualização no ordenamento jurídico-constitucional, de forma a evitar subjetivismos na margem de aparente discricionariedade deixada pelo legislador ao juiz para a escolha da medida cautelar adequada ao caso concreto, muitas vezes apontada – por críticos do sistema – como uma zona de atuação arbitrária dos juízes.

O estudo demonstrará, ainda, que o alegado arbítrio decorre da escolha de medidas cautelares, ou a falta de imposição de qualquer delas, através de decisões judiciais apenas formalmente fundamentadas que, por vezes, sem a justificação adequada, restringem de forma demasiada direitos dos acusados e, em outras, ao revés, protegem insuficientemente direitos de terceiros, sobretudo a segurança pública.

A seguir, será proposta, inclusive através de exemplos práticos, uma forma de argumentação jurídica a ser aplicada nas decisões sobre medidas cautelares em processo penal, passando pela correta aferição dos requisitos fáticos e normativos, para, uma vez definidas as exigências cautelares do caso concreto, apontar a correta solução através da ponderação dos bens fundamentais em conflito, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, em seu duplo aspecto. Procurará o estudo demonstrar a forma aceitável de ponderação dos bens fundamentais conflituosos, no curso do processo penal, de modo a possibilitar o cumprimento, por parte dos juízes, do mandamento constitucional de fundamentação de todas as decisões judiciais.

Tal ponderação dos direitos fundamentais em conflito objetiva, no caso concreto, reduzir, ou praticamente anular, qualquer discricionariedade judicial na escolha da medida adequada, sobretudo em virtude da sua submissão à legalidade, assim como à proporcionalidade, como princípio maior.

Será demonstrado que a observância substancial do dever de motivação das decisões judiciais possibilitará o controle intersubjetivo da sua legalidade e

constitucionalidade, cumprindo, assim, o ato decisório, a sua função de convencimento das partes envolvidas no litígio, além de toda a sociedade, devido à publicidade das decisões.

Dessa maneira, serão apontadas as soluções no sentido de se garantir, nas decisões judiciais que analisam a necessidade de imposição de medidas cautelares, a adequada ponderação dos direitos fundamentais em conflito no curso de processos penais, resguardando os acusados de restrições excessivas, desarrazoadas, sem, contudo, deixar de proteger, de forma eficiente, a segurança pública.



## 2 A ORDEM CONSTITUCIONAL VIGENTE E A LIMITAÇÃO DO PODER

### 2.1 O Estado de direito

O Estado é a espécie mais importante do gênero sociedade política, sendo, dos seus diversos modelos, a mais complexa e desenvolvida, surgida apenas mais tardiamente, e não pode ser confundida, portanto, com as suas formas primitivas, dentre elas as famílias patriarcais, os clãs, as tribos, as *gens* romanas, a *fratria* grega, a gentilidade ibérica e o senhorio feudal<sup>1</sup>.

Durante a Idade Média, como é sabido, não se poderia falar propriamente em Estado, não obstante tal ideia, enquanto poder político dotado de unidade e autonomia, estivesse presente tanto na Cidade-Estado grega como no Império Romano.

É que, durante o medievo, a ideia de Estado deu lugar a uma variedade de potestades particulares de diversas naturezas, tais como religiosa, territorial ou mesmo social, tendo vigorado, a última, sob a denominação de feudo, burgo ou senhorio. Os agrupamentos de maiores proporções, por sua vez, eram denominados reinos.

O que importa ressaltar, contudo, é que, durante o mencionado período, o sistema político, fulcrado no poder estatal, assim como a própria ideia de Estado, estavam dissolvidos, numa organização política e social de múltiplos polos<sup>2</sup>.

Não obstante existissem obrigações e direitos entre vassallos e senhores feudais, bem como esses direitos fossem reconhecidos pelos tribunais comuns, esta não seria a melhor aceção para denominá-los, pois eram, na verdade, decorrentes de privilégios, a depender da posição social que o titular ocupava na hierarquia das relações feudais.

Com a desagregação das relações feudais, deu-se início à formação dos estados modernos, mediante a centralização do poder político na pessoa do Monarca, que passou a manter relações diretas, sem qualquer intermediação, com os seus súditos, substituindo, desta maneira, as relações de vassalagem.

---

<sup>1</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, Tomo I. 9ª edição, Coimbra: Coimbra Editora. S.A, 2011, p. 51.

<sup>2</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. 1ª edição (reimpressão), Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 15.

A concentração absoluta dos poderes nas mãos do Monarca não ocorreu de forma imediata, mas gradual, passando-se do feudalismo ao Estado estamental, no qual as diversas classes da sociedade, os estamentos, eram representadas em assembleias, nas quais se buscava a manutenção dos seus privilégios feudais através da resistência à concentração total do poder nas mãos do Monarca.

Entre os séculos XVI e XIX, a História registra o surgimento do Estado absoluto, o que se deu à medida em que os poderes tradicionais resistentes dos estamentos cederam diante da concentração absoluta do poder nas mãos do Monarca, sendo, portanto, o Estado absoluto, a primeira expressão histórica do Estado moderno.

Para a perfeita caracterização do Estado moderno se mostra imprescindível verificar-se a presença dos seus elementos essenciais, tais como território, com fronteiras definidas, unidade cultural e linguística, centralização política e criação de um exército como força exclusiva do Estado.

O Estado moderno experimentou distintas fases, dentre elas a fase patrimonial, na qual o Estado era considerado um bem integrante do patrimônio do Monarca, sendo o seu poder real justificado por forças divinas. O Monarca, como soberano, reunia todos os poderes em suas mãos de forma absoluta.

Na segunda fase, do despotismo iluminado, a origem do poder do Monarca era justificada a partir da concepção de que este seria o primeiro servidor, em busca do bem comum, para o atingimento do qual exerceria o poder de polícia, intervindo em todas as esferas, públicas ou privadas, como a política, a social, a econômica, a cultural e a particular dos súditos, sempre em nome da razão.

Na verdade, preponderava, no Estado absolutista, sempre a vontade do Monarca, de modo que os particulares não possuíam qualquer mecanismo de resistência ao seu arbítrio, e lhes era reservado apenas a possibilidade de compensação patrimonial, mediante a figura do fisco, a quem poderiam recorrer a fim de obter as reparações dos prejuízos sofridos a partir das condutas do Rei.

Ocorre que o Estado absolutista – especialmente na sua primeira fase – à medida que eliminou os privilégios feudais – já que centralizou na figura do Monarca todo o poder político – conferia a este as condições necessárias para intervir em quaisquer áreas, públicas ou privadas. Foram criadas, neste contexto, as condições necessárias ao fortalecimento da burguesia, haja vista a possibilidade de

desenvolvimento autônomo da atividade empresarial, sem a necessidade de se reportarem, os comerciantes, a um senhor feudal.

Fortalecida, a burguesia passou a se ressentir das intervenções arbitrárias do Monarca, e, incomodando-se com a insegurança experimentada, sobretudo em decorrência da ausência de regras ou do ilimitado poder monárquico, passou a ansiar pela conquista do poder político, ou mesmo pelo estabelecimento de limites à atuação do Rei.

O controle da Administração era essencial para possibilitar o desenvolvimento e autoregulação da atividade econômica, garantindo, ainda, a liberdade dos particulares.

Assim, consoante Jorge Reis Novais, presentes as condições necessárias, haja vista a conquista do poder econômico por parte da burguesia, no final do Século XVIII, ocorreram as Revoluções burguesas, americana e francesa, inspiradas pela ideologia liberal, o que possibilitou o surgimento de um novo modelo de Estado, ao longo dos séculos XIX e XX, precisamente o Estado de direito, não obstante subdividido em Estado liberal e Estado social e democrático de direito<sup>3</sup>.

Tais revoluções foram deflagradas, sobretudo, devido à tensão decorrente do contraste entre o crescente poder econômico, por parte da burguesia, setor mais dinâmico da sociedade da época, e a sua falta de poder político.

Nesse contexto, de acordo com Jorge Miranda, posteriormente às mencionadas Revoluções, surgiu o Estado de direito sob a inspiração das correntes filosóficas do contratualismo, individualismo e iluminismo, cujos principais expoentes são Locke, com o Segundo Tratado sobre o Governo, Montesquieu, com a sua obra Espírito das Leis, Rousseau, com o Contrato Social, Kant, com diversas obras, dentre elas Paz Perpétua, além de importantes movimentos econômicos sociais e políticos que contribuíram para a formação do denominado Estado constitucional, representativo ou de direito<sup>4</sup>.

O Estado de direito, Estado constitucional ou governo representativo, manteve uma estrutura política e administrativa semelhante à do Estado moderno, contudo, no campo das ideias, assim como no arcabouço normativo, as divergências foram significativas. Onde prevalecia a tradição na manutenção do Monarca no

---

<sup>3</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**: 1ª edição (reimpressão). Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 19.

<sup>4</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, Tomo I. 9ª edição, Coimbra: Coimbra Editora. S.A, 2011, p.91

poder, passou-se a falar em contrato social. A soberania do príncipe foi substituída pela soberania nacional, na qual a lei é a expressão da vontade do povo. O exercício do poder político por apenas uma pessoa, deu lugar ao exercício do poder por muitos eleitos e, portanto, representantes da coletividade. Os súditos passaram à condição de cidadãos, subjugados ao império da lei, ao mesmo tempo em que passaram a exigir direitos tão somente por serem homens e não por integrarem eventual casta. A vontade do Estado deu lugar ao Estado como executor da vontade geral, expressa na lei.

A Constituição, o princípio da legalidade, as declarações de direitos, a separação dos poderes e a representação política passaram a ser os pilares deste novo Estado.

Todos esses novos instrumentos técnico-jurídicos limitavam o poder, ora repartindo-o, mediante a separação dos poderes, assim como por meio de múltiplos representantes, ora limitando-o no tempo, através da representação política, com eleições periódicas, bem como davam a tônica da atuação dos representantes, assim como todos os agentes estatais, por meio do princípio da legalidade, ao qual todos estavam condicionados, assim como declarações de direitos que garantiam liberdades aos cidadãos, conferindo-lhes instrumentos de proteção contra eventual arbítrio dos governantes.

A Constituição, como fundamento de validade de todas as normas, por sua vez, condicionava o poder reformador, além da atividade legiferante ordinária, à plena observância dos princípios nela insculpidos.

Dessa maneira, considerando os cidadãos como detentores de direitos e garantias oponíveis, inclusive, contra o Estado, e estando todos os agentes públicos adstritos ao princípio da legalidade, assim como à Constituição, é que os seus atos puderam ser aferidos através de parâmetros estabelecidos pela sociedade, consolidados em normas jurídicas.

Somente neste contexto, portanto, de Estado de direito, é viável aferir eventuais excessos ou mesmo omissões praticados por agentes estatais, sejam magistrados ou quaisquer outros, razão pela qual se mostrou indispensável contextualizar a ordem jurídico-constitucional em que se pretende analisar as medidas cautelares disponíveis no processo penal hodierno.

## 2.2 Os direitos fundamentais como limitação ao exercício do poder do Estado

Podem-se dizer fundamentais aqueles direitos que seriam anteriores à própria noção de Estado, que se constituem em condições legitimadoras da sua origem, como a liberdade e a igualdade dos indivíduos, direitos esses que vinculam e limitam a atividade estatal<sup>5</sup>.

Não se pode falar em Estado de direito sem tratar de limitação de poder, cumprindo, assim, os direitos fundamentais, o seu papel de limitar o poder estatal, garantindo os cidadãos contra o arbítrio dos agentes públicos.

Os direitos fundamentais, todavia, devem ser encarados em seu duplo aspecto, ora impondo abstenções ao Estado, evitando, assim, ingerência dos seus agentes na vida privada dos cidadãos, ora exigindo a sua atuação positiva com o escopo de proteger os direitos dos particulares de ataques de terceiros.

É que o dever de proteção impõe ao Estado uma atuação mínima de proteção jurídica constitucionalmente exigida, não se admitindo, portanto, reduzir a proteção abaixo desse limite, haja vista que, no momento em que o poder público enuncia um direito fundamental, incumbe-lhe não apenas respeitá-lo, evitando, desse modo, por ato comissivo, ferir o direito fundamental do cidadão, considerado em sua dimensão subjetiva, mas também impescindível que o defenda de ataques de terceiros, sob pena de incorrer em omissão inconstitucional<sup>6</sup>.

Ocorre que, para além da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, pela qual são considerados como direitos subjetivos pelo seu titular, a dimensão objetiva desses direitos impõe o reconhecimento de atos a serem praticados pelos agentes do Estado, com o objetivo de consagração dos valores basilares do Estado de direito.

A Constituição, ao enunciar o direito à vida, por exemplo, impõe ao Estado, assim como a todos os seus agentes, o dever de respeito, pelo qual deve se abster de atentar contra as vidas dos particulares, bem como de não colocá-los em risco de qualquer modo, fazendo com que sejam possivelmente tolhidos nesse direito.

---

<sup>5</sup> PIEROTH, Bodo; SCKLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. Trad. por Antônio Francisco de Sousa e Antonio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37.

<sup>6</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 138/139.

Entrementes, faz-se mister que o Estado adote as medidas necessárias à proteção dos particulares, evitando, assim, que tenham direitos fundamentais, dentre eles o direito à vida, tolhidos através de ataques de terceiros.

Por esta razão, verifica-se que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais está intrinsecamente ligada à eficácia difusora das normas constitucionais que os preveem<sup>7</sup>.

Noutro quadrante, imperioso observar que a edição de declarações de direitos do homem está ligada diretamente à edição de constituições escritas, sempre com o escopo de estabelecer limites ao poder político, bem como incorporação de direitos subjetivos ao homem, subtraindo a necessidade de seu reconhecimento por parte do legislador ordinário.

A Constituição Federal Brasileira tratou, em seu título II, dos direitos e garantias fundamentais, dividindo-os em direitos individuais e coletivos, no capítulo I, direitos sociais, no capítulo II, nacionalidade, capítulo III, direitos políticos, capítulo IV, e partidos políticos, capítulo V, subdividindo, assim, os direitos fundamentais em cinco categorias distintas.

A Constituição da República Portuguesa, por sua vez, reservou a sua parte I, compreendida entre os artigos 12º e 79º, aos direitos fundamentais, subdividindo-os em três títulos: o título I trata dos princípios gerais, ao passo que o título II dispõe acerca de direitos, liberdades e garantias. O título III, por sua vez, dispõe sobre direitos e deveres económicos, sociais e culturais.

Não obstante organização distinta, os direitos fundamentais constituem, hodiernamente, uma verdadeira ponte da cultura jurídica que une Brasil e Portugal, pois que, após a primeira revolução liberal e desde a Constituição brasileira de 1824, os direitos fundamentais seguem, em ambos os países, uma trajetória paralela, sendo que o lapso temporal observado entre a adoção do primeiro texto constitucional e o momento da efetividade dos direitos da pessoa humana, ou seja, quando verdadeiramente passaram a ser reconhecidos e garantidos, transcorreram aproximadamente 160 anos, o que somente ocorreu na atual Constituição portuguesa, que data de 02 de abril de 1976, e na atual Constituição brasileira, de 05 de outubro de 1988<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> ANDRADE, Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4ª edição. Coimbra: Editora Coimbra, 2010, p. 293 e ss.

<sup>8</sup> ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais: introdução geral**, Estoril, 2007, p. 17.

Essa foi a forma por meio da qual as constituições portuguesa e brasileira catalogaram os direitos fundamentais, facilitando, dessa maneira, o seu estudo e sistematização.

Há fortes correntes doutrinárias a defender a fundamentalidade de direitos e garantias tão somente em decorrência da escolha, pelo poder constituinte originário, e consequente inclusão de determinado direito no catálogo dos direitos fundamentais, negando, assim, a existência de direitos apenas formalmente fundamentais<sup>9</sup>.

Dessa maneira, direitos inseridos no rol dos catálogos de direitos fundamentais das constituições, em que pese não tratem de matéria constitucional, para a maior parte da doutrina, seriam efetivamente normas de direitos fundamentais, ou seja, seriam direitos materialmente constitucionais<sup>10</sup>.

Tal doutrina parte da premissa de que, na elaboração de cada catálogo de direitos fundamentais das constituições, foram levados em consideração o conteúdo e a importância dos direitos para que fossem inseridos.

A fundamentalidade material, ao revés, independe de expressa inclusão do direito no rol destinado, pelo constituinte, aos direitos e garantias fundamentais, referindo-se, contudo, à substância do direito tratado, à circunstância de determinada norma, independentemente de a localização geográfica na carta constitucional ser tratada como fundamental.

Haja vista a necessidade de delimitação do objeto de estudo, neste trabalho não são abordados todos os direitos fundamentais, mas tão somente aqueles que se mostram relevantes à aferição da proporcionalidade das prisões e das demais medidas cautelares no processo penal.

Assim, trata-se do direito à liberdade, haja vista que este é aquele que sofrerá restrição com a imposição de medida cautelar, desde à liberdade de agir em determinado sentido, comparecendo a todo e qualquer lugar que se queira, entrando em contato, o acusado, com toda pessoa que deseje, até à liberdade de locomoção como um todo, que pode ser afetada diante do encarceramento decorrente de uma prisão cautelar imposta.

---

<sup>9</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A problemática dos direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da constituição**. In: SARLET, Ingo. Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 73/74.

<sup>10</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV. 5ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 09 e ss.

Analisa-se, ainda, o direito fundamental à segurança pública, por ser este que diretamente, no curso do processo penal, entra em conflito com o direito à liberdade do acusado, cabendo ao juiz decidir sobre a efetiva necessidade de imposição de medida cautelar, bem como, em caso de resposta positiva, dentre as medidas disponíveis, qual deverá impor, com o escopo de preservação da segurança pública.

Não se olvida, ainda, do direito fundamental à motivação ou fundamentação das decisões judiciais, sobretudo como uma garantia do cidadão contra o arbítrio judicial, mas não apenas garantia do indivíduo, como também de toda a coletividade.

A menção, no presente item, à distinção que se faz entre direitos formalmente e materialmente fundamentais se mostra necessária devido à ausência do direito à fundamentação das decisões judiciais no catálogo dos direitos fundamentais, tanto da Constituição brasileira, quanto da portuguesa, não obstante a primeira mencione a necessidade de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente como requisito necessário à prisão, além dos casos em que há prisão em flagrante.

Assim, é mister a explicação acerca da corrente defendida, sobretudo no que se refere à existência de direitos fundamentais fora do catálogo estabelecido pela constituição, com o escopo de possibilitar, nos capítulos que se seguem, a melhor compreensão dos conflitos entre direitos fundamentais que serão objeto de estudo.

### **2.3 Direito à liberdade**

Liberdade significa o estado da pessoa que é livre e isenta de quaisquer restrições externas, coação física ou moral. É a possibilidade que tem o indivíduo de exercer livremente a sua vontade, não se sujeitando a arbitrariedades políticas. Pode-se dizer, ainda, que livre é aquele que não vive em cativeiro ou escravidão, somente se sujeitando a restrições prescritas em lei<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> MICHAELIS. **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=proporcional>>. Acesso em: 15 de abr. de 2016.



A liberdade seria imanente ao homem e, portanto, anterior à própria concepção de Estado, à sociedade e ao direito, cabendo ao Estado reconhecê-la, regulando e restringindo o seu exercício pelo homem<sup>12</sup>.

Trata-se de valor que os ordenamentos jurídicos buscam preservar e garantir, por meio de normas de direito fundamental, cuja observância se mostra imprescindível à preservação do princípio maior da dignidade humana<sup>13</sup>.

Consiste em fazer tudo quanto em lei é permitido, haja vista que, caso pudesse, um cidadão fazer o que por lei lhe é vedado, não lhe restaria mais liberdade, pois que os demais cidadãos teriam idêntico poder<sup>14</sup>.

O direito fundamental à liberdade, na Constituição brasileira, foi enunciado no caput do artigo 5º, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, que dispõe ainda sobre a igualdade, a inviolabilidade do direito à vida, à segurança e à propriedade.

A Constituição portuguesa, por sua vez, tratou da liberdade em seu artigo 27º, nº 1, enunciando o direito à liberdade e segurança no mesmo dispositivo, a exemplo do que fez o constituinte brasileiro.

O direito fundamental à liberdade, em sua acepção mais ampla, inclui a liberdade de consciência, crença ou religião, a liberdade de culto, associação, a livre manifestação do pensamento, ou liberdade de expressão, a livre expressão de atividade intelectual ou artística, a livre iniciativa, o livre exercício de trabalho, ofício ou profissão, a liberdade de locomoção, consistente em direito de acesso, ingresso, permanência e deslocamento no território nacional, além do direito de não fazer ou de não se submeter a fazer algo contra a sua vontade, salvo quando obrigado por lei.

O direito à liberdade, no que se refere à crença e religião, bem como exercício de culto, não será objeto do presente estudo.

Não que se deva ignorar a possibilidade eventual de conflito entre a liberdade de culto e outro direito fundamental, como a vida, o ambiente ou mesmo até a

---

<sup>12</sup> RUIZ, Thiago. **O direito à liberdade**: uma visão sobre a perspectiva dos direitos fundamentais. Disponível em: < file:///C:/Users/User/Downloads/11572-44735-1-PB.pdf>. Acesso em: 07 de abr. 2016.

<sup>13</sup> BRITO, Sara de Asseis. **Direito à liberdade na Constituição Federal e a autonomia da instituição familiar, inconstitucionalidade do projeto de lei 2.654/2003**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,direito-a-liberdade-na-constituicao-federal-e-a-autonomia-da-instituicao-familiar-inconstitucionalidade-do-pro,31319.html>>. Acesso em: 07 de abr. 2016.

<sup>14</sup> CHEVALIER, Jean Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. Trad. Lydia Cristina. 8ª ed. Rio de Janeiro: Agir, 1998, p. 139.

própria segurança, contudo, a liberdade religiosa, em quaisquer dos seus aspectos, não será aqui objeto de análise.

Entrementes, a liberdade, em todos os demais aspectos, mostra-se de grande relevo para o trabalho, sobretudo devido aos conflitos que surgem entre ela e a segurança pública, que, consoante será analisado no item 2.4, pode ser considerada, inclusive, instrumento para garantia de outros direitos fundamentais.

A Constituição portuguesa, em seu artigo 27º, confere a todos o direito à liberdade, dispondo sobre a impossibilidade da sua restrição, total ou parcial, salvo em decorrência de sentença judicial condenatória pela prática de ato punido por lei com pena de prisão, ou de aplicação judicial de medida de segurança.

Excetua a possibilidade de prisão em flagrante, além da detenção ou prisão preventiva, a serem decretadas a partir de fortes indícios da prática de crime doloso ao qual seja cominada pena máxima superior a três anos.

Prevê, também, a possibilidade de prisão do imigrante ilegal e daquele que se encontra em processo de extradição ou expulsão, estando sujeito, a prisão, a controle judicial. Possibilita, ademais, a prisão disciplinar imposta a militares, como garantia de recurso ao tribunal competente<sup>15</sup>.

No que se refere a menores, podem ter a liberdade restringida para sujeição a medidas de proteção, assistência ou educação em estabelecimento adequado, decretadas pelo tribunal judicial competente.

Dispõe, ainda, a Constituição portuguesa, sobre a possibilidade de detenção em decorrência da desobediência a decisão tomada por um tribunal ou mesmo para assegurar o comparecimento do indivíduo perante a autoridade judiciária competente, além da detenção de suspeitos durante o tempo necessário à sua identificação.

Excetua, ainda, o constituinte português, a liberdade do portador de anomalia psíquica, mediante internação em estabelecimento terapêutico adequado, desde que decretada ou confirmada por autoridade judiciária competente.

Assegura, ademais, a Constituição portuguesa, que toda a pessoa privada da sua liberdade deve ser imediatamente informada, e de forma compreensível, das razões da sua prisão ou detenção, assim como dos seus direitos.

---

<sup>15</sup> CANOTILHO, J.J. gomes. **Constituição da República Portuguesa anotada**, volume 1 – J.J. Gomes Canotilho, Vital Moreira, - 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Coimbra Editora, 2007, p. 475 e ss.

A Constituição portuguesa, ao tratar da prisão preventiva, determina que qualquer detenção seja submetida a apreciação judicial, no máximo em quarenta e oito horas, com o escopo de possibilitar a restituição à liberdade ou imposição de medida de coação adequada.

À prisão preventiva, deu, o constituinte português, o caráter de subsidiária e excepcional, não devendo ser decretada ou mantida quando cabível caução ou outra medida mais favorável prevista em lei. Prevê, ainda, que a prisão preventiva estará sujeita aos prazos legais.

A Constituição brasileira também tratou das restrições à liberdade, não obstante de forma não tão minuciosa quanto se verifica na Constituição portuguesa, tarefa que relegou ao legislador ordinário.

O artigo 5º, *caput*, da Constituição brasileira, consoante acima referido, enuncia o direito à liberdade, dentre outros, como igualdade e propriedade, enumerando, em seus setenta e oito incisos, de forma não tão sistemática como se verifica na Constituição portuguesa, diversos direitos e deveres individuais e coletivos.

Do princípio da legalidade, expresso no inciso II do artigo 5º da Constituição brasileira, decorre a liberdade de somente ser compelido, o cidadão, a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude de comando normativo legal.

Assim, tudo o que não é expressamente vedado por lei ingressa na esfera de liberdade do indivíduo, que possuirá o livre arbítrio para praticar os atos que por lei não lhe são vedados ou deixar de praticar quaisquer atos que a lei não o obrigue a praticar.

Prevê, ainda, a Constituição brasileira, no inciso XV do artigo 5º, a liberdade de locomoção, garantindo a sua liberdade dentro do território nacional, assim como ingresso, permanência e saída dele em tempos de paz.

Tal liberdade, portanto, somente pode sofrer restrição legal mediante justificação adequada, ou mesmo por meio de decisão judicial devidamente fundamentada.

Nos incisos XVII e XVIII, do mesmo artigo, a Constituição brasileira trata da liberdade de reunião para fins pacíficos e sem armas, assim como associação para fins lícitos, sendo vedada a de caráter paramilitar.

O inciso LXI, do mesmo dispositivo, por sua vez, prevê a possibilidade de prisão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, o que se excepciona em caso de transgressão militar.

O maior disciplinamento, tanto da prisão em flagrante, como das hipóteses de cabimento da prisão preventiva, no caso do Brasil, é tratado, na legislação ordinária, ao revés do que ocorre na Constituição portuguesa que já estabeleceu a prisão ou detenção preventiva para os crimes cuja pena máxima seja superior a três anos.

Garante, ainda, a Constituição brasileira, nos incisos seguintes, a identificação, ao preso, dos responsáveis pela sua prisão ou interrogatório policial, bem como o imediato relaxamento, pela autoridade judiciária, da prisão ilegal.

Em conformidade com o inciso LXVI, do mesmo artigo, ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando admitida a liberdade provisória, com ou sem fiança, institutos esses cujo estudo se fará no capítulo 4, de grande relevo para o presente trabalho.

Vê-se, assim, que a Constituição portuguesa e Constituição brasileira incorporaram, em seus ordenamentos jurídicos, como não poderia deixar de ser, sob pena de pôr em causa a sua própria condição de Estado de direito, a liberdade como direito fundamental, sendo esta a regra, na acepção mais ampla da palavra, comportando, contudo, restrições nas hipóteses cabíveis.

Entrementes, analisando ambos os ordenamentos, por não existir direito ou garantia fundamental absolutos, vê-se que a liberdade do indivíduo pode ser cerceada, em primeiro lugar, no caso de prisão em flagrante, devendo, logo em seguida, tal prisão passar pelo controle de legalidade, por parte do magistrado, que verificará, inclusive, a sua efetiva necessidade, quando então, em sendo verificada, converterá a prisão em flagrante em prisão preventiva.

Caso não seja necessária a restrição máxima à liberdade do indivíduo, deverá o magistrado conceder a liberdade provisória por fiança ou caução, ou ainda mediante outra medida acautelatória prevista em lei, que se constituirá, por sua vez, em restrição à liberdade do indivíduo, embora parcial, como no caso da proibição de frequentar determinados lugares, de manter contato com determinadas pessoas ou continuar exercendo determinado cargo, de cujo exercício pode ser suspenso.

O *status libertatis* do indivíduo, no curso de processo penal, estará sempre em choque com a segurança pública, princípio este acerca do qual tratará o próximo item deste capítulo.

## 2.4 Direito à segurança pública

Segurança pública é o direito cuja titularidade pertence aos indivíduos em geral, assim como a toda a sociedade, de se sentirem protegidos, de não se sentirem vulneráveis a ataques, diante de uma política estatal bem estruturada, assim como de ações estatais efetivas a evitar, ao máximo, a ocorrência de agressões aos seus direitos, sobretudo vida, integridade física e patrimônio.

É uma espécie de situação de pacífica convivência social, livre de ameaça de violência que possa produzir a prática de delitos, não se confundindo, contudo, com ausência de divergências ou controvérsias, significando, tão somente, que essas e eventuais rugas existentes não ensejem a ocorrência ou ameaça de vias de fato.

A Constituição brasileira, em seu artigo 5º, *caput*, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, preconiza a igualdade de todos perante a lei, garantindo o direito à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos dos incisos do dispositivo.

O termo segurança, inserido no referido dispositivo, assume o sentido geral de garantia, de proteção, de estabilidade de situação ou do indivíduo, direito de liberdade ou direito fundamental de primeira geração, tratando-se, portanto, de segurança jurídica<sup>16</sup>.

É que o artigo 5º enuncia os direitos à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, garantindo-os nos termos dos diversos incisos a seguir enunciados, dentre eles o inciso XXXVI que assegura o respeito, por lei, ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e à coisa julgada, bem como os incisos que garantem, portanto, a estabilidade ou a segurança jurídica.

Há, também, o sentido de garantia de segurança pessoal, expressa na inviolabilidade do domicílio do indivíduo, na vedação de tratamento desumano ou degradante, conforme redação dos incisos III e XI do referido artigo.

Em seguida, no artigo 6º, que trata dos direitos sociais, enumera, a Constituição brasileira, o direito à segurança, juntamente com os direitos à educação, alimentação, trabalho, moradia, lazer, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados, na forma da Constituição.

---

<sup>16</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**: 39ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2015, p. 791.

Ao incluir o direito à segurança como um direito social, como o fez no artigo 6º, na verdade, garantiu, o constituinte brasileiro, a segurança social, ou seja, segurança material, não tratando, pois, de segurança pública como um direito social.

Apenas mais adiante, no texto constitucional, já fora do catálogo dos direitos fundamentais, mais precisamente no capítulo III, a Constituição brasileira trata sobre segurança pública, em seu aspecto de ordem pública, disciplinando-a como dever do Estado, mas também dever e responsabilidade de todos, sendo exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através da polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiros militares, possibilitando, ainda, a criação de guardas municipais, pelos municípios, com o objetivo de proteger os seus bens, serviços e instalações.

Evidente, contudo, que a segurança pública decorre de uma conjugação de fatores mais ampla e complexa que não se limita à atuação de órgãos policiais, mas antes de um estado antidelitual, resultante da observância das normas penais, incluindo ações repressivas e preventivas típicas na limitação das liberdades individuais<sup>17</sup>.

Ao atribuir, a Constituição brasileira, o dever de segurança pública ao Estado, não o restringiu apenas ao Poder Executivo, por ser este o responsável pela Administração Pública e, inclusive, deter o controle das forças policiais que enumera, mas ao Estado como um todo.

Ao Poder Legislativo, portanto, cabe a organização do arcabouço normativo necessário à manutenção da ordem pública, seja por meio da criminalização de condutas, mediante a escolha dos bens jurídicos mais relevantes à sociedade, de modo que sejam melhor protegidos por meio de normas proibitivas, insertas na cominação de penas às condutas que se pretende desestimular, seja por meio do disciplinamento das atribuições dos órgãos policiais, consoante disposto no §7º do artigo 144, bem como de todos aqueles que atuam na cadeia da persecução penal.

O Poder Judiciário, por sua vez, possui grande parcela de responsabilidade no que se refere à segurança pública, haja vista ser o responsável pela formação do juízo de culpabilidade dos indivíduos a quem são atribuídas as práticas de atos criminosos e, uma vez que os condenem, deve estabelecer as penas aplicáveis,

---

<sup>17</sup> MIRABETE Julio Fabbrini. **Direito penal**. 10ª edição revista e atualizada. Editora Atlas: São Paulo, 2000, p. 74.

dentre as cominadas, a quantidade de pena aplicável, nos termos dos limites previstos em lei, o regime inicial de cumprimento de pena privativa de liberdade, além da substituição da pena privativa de liberdade por pena de outra espécie, caso admissível, tudo a partir da necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime, consoante redação do artigo 59 do Código Penal brasileiro.

Ao aplicar uma pena, o Poder Judiciário exerce a prevenção geral, ou prevenção negativa, à prática de novos delitos por meio de intimidação, posto que demonstra, à população – sobretudo aos seu membros que não praticaram delitos – que, se não observarem as normas legais editadas, também sofrerão igual sanção.

A condenação imposta pelo Judiciário ao criminoso também cumpre o escopo de prevenção especial, ou de ressocialização, haja vista que a imposição da pena visa a preparar o condenado para a sua reinserção na sociedade, de modo que, voltando ao convívio da comunidade, não mais pratique delitos, não obstante todas as críticas que se possa fazer ao não cumprimento da finalidade do sistema prisional, sobretudo o brasileiro<sup>18</sup>.

Assim, ao aplicar penas adequadas, em decorrência de condenações criminais, o Poder Judiciário dá o seu contributo à preservação da segurança pública.

Entrementes, há outro aspecto de atuação do Poder Judiciário na manutenção da ordem pública que não pode ser olvidado, e precisamente este é o aspecto que interessa ao presente estudo: o adequado manejo das medidas cautelares corporais no processo penal, ou medidas de coação, como denominadas no processo penal português.

A correta imposição da medida restritiva adequada no curso do processo penal possibilita o atingimento de objetivos que, ao final, se traduzem em segurança pública, como o impedimento da prática de novo crime durante o processo penal, a ausência de interferências na instrução processual, possibilitando a correta formação do juízo de culpabilidade e consequente condenação, com o cumprimento da finalidade de ressocialização do sentenciado, bem como a garantia de aplicação da lei penal, evitando a fuga do réu.

A Constituição portuguesa, por sua vez, tratou da segurança no artigo 27º, ao expressar que todos têm o direito à liberdade e à segurança.

---

<sup>18</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 537.

O termo segurança – empregado pelo constituinte português no referido dispositivo – parece conter um sentido de cláusula geral que abarca uma série de manifestações específicas, como segurança jurídica, segurança social, segurança pública e segurança pessoal, não obstante retorne, a Constituição portuguesa, mais adiante a tratar sobre segurança no emprego e segurança social, consoante se pode verificar através das redações dos artigos 53º e 63º, nº 1<sup>19</sup>.

A segurança pública, portanto, faz parte da própria concepção de Estado, haja vista que os primeiros agrupamentos humanos surgiram não apenas com o objetivo de facilitação da logística da vida cotidiana, mediante a repartição de tarefas, nem tampouco apenas para dar vazão ao sentimento gregário do homem, mas também para que, dentro de agrupamentos, as pessoas se sentissem efetivamente seguras.

Em conformidade com o pensamento de Jean-Jacques Rousseau, ao tratar dos homens no estado natural, supõe-se que devem ter chegado a um ponto em que os obstáculos excediam as forças que cada um deles poderia empregar para se manter neste estado, razão pela qual o estado primitivo não pôde subsistir e o gênero humano pereceria se não mudasse seu modo de ser. Assim, explicita o problema fundamental que o contrato social soluciona:

Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associação de qualquer força comum, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça, portanto, senão a si mesmo, ficando assim tão livre como dantes<sup>20</sup>.

Dessa maneira, a segurança pública é inerente à ideia de contrato social, haja vista que as pessoas não se entregariam totalmente, alienando, ainda, todos os seus direitos em prol da comunidade, para viverem em Estados sem a segurança necessária ao desenvolvimento das suas habilidades e potencialidades.

Por outro lado, vê-se que a segurança pública, além de ser um bem em si para aqueles que dela desfrutam - pois que inegavelmente está relacionada ao sentimento de tranquilidade e paz do qual podem desfrutar os indivíduos, sem que

<sup>19</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia do direito fundamental à segurança: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro**. Disponível em <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15197-15198-1-PB.pdf>>. Acesso em 12 de abr. de 2016.

<sup>20</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social: princípios de direito político**. Trad. Antônio P. Machado. Ed. especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 29.



se sintam amedrontados cada vez que saem das suas residências, ou mesmo no interior delas, assim como em seus locais de trabalho, com a iminência de ataques de terceiros - é valor se presta à preservação de outros direitos fundamentais.

É que, considerando os direitos fundamentais em sua dimensão objetiva, que impõe prestações positivas ao Estado, vez que a este não cabe apenas respeitar os direitos fundamentais enunciados, se abstendo de atos que os restrinjam, mas também promovê-los e protegê-los de ataques de terceiros, não se pode falar em proteção à vida, ao patrimônio, à incolumidade das pessoas e, inclusive, à liberdade de locomoção no território nacional, sem a necessária segurança pública.

Somente através de atos que promovam efetivamente a segurança pública o Estado pode adequadamente tutelar os demais direitos fundamentais referidos, protegendo-os de ataques de terceiros.

Assim, não obstante a Constituição brasileira não tenha incluído o direito à segurança pública no seu catálogo de direitos fundamentais, não se pode deixar de reconhecer a sua fundamentalidade, posto que se trata de direito inerente e indispensável à própria formação do Estado<sup>21</sup>.

Ademais, a cláusula aberta inserta no §2º do artigo 5º da Constituição brasileira, que permite o reconhecimento de outros direitos e garantias fundamentais não insertos na carta de direitos fundamentais da Constituição, serve precisamente ao reconhecimento da fundamentalidade do direito à segurança pública, pois que decorre dos princípios adotados pela própria Constituição, indispensável à paz, ao bem-estar, ao desenvolvimento e à dignidade da pessoa humana.

Desta maneira, o fato de não se encontrar, a segurança pública, expressamente contida no rol de direitos e garantias do artigo 5º da Constituição brasileira, sendo disciplinada em capítulo específico, precisamente no capítulo III, não altera a sua natureza de direito fundamental, pois que é garantia indispensável à estabilidade da ordem pública e das relações jurídicas, estando vinculada, mormente, à própria ideia de dignidade da pessoa humana.

---

<sup>21</sup> RIO, José Justino do. **O direito fundamental à segurança pública num estado democrático de direito.** Disponível em: <<http://revista.univem.edu.br/index.php/emtempo/article/viewFile/397/324>>. Consulta em: 12 de abr. de 2016.

## 2.5 O direito à fundamentação das decisões judiciais

### 2.5.1 A fundamentação das decisões judiciais como corolário do devido processo legal

A Constituição brasileira, no inciso IX do artigo 93, dispõe sobre a necessidade de fundamentação de todas as decisões judiciais, sob pena de nulidade.

Por sua vez, a Constituição portuguesa, em seu artigo 205, nº 1, impõe a fundamentação das decisões dos tribunais, excetuando as de mero expediente, ou seja, aquelas que apenas impulsionam os processos.

De acordo com José de Albuquerque Rocha, as partes têm o direito fundamental à motivação das decisões judiciais, implícito no direito à tutela jurisdicional, não bastando a mera indicação do dispositivo legal em que se estriba o magistrado. Ao contrário, é necessário argumentar e justificar o porquê da aplicação do dispositivo<sup>22</sup>.

O direito à motivação das decisões judiciais, entretanto, não se destina tão somente às partes, mas antes a todo e qualquer interessado<sup>23</sup>.

Quanto se está a tratar de decisões proferidas no curso de processo penal, é inegável que há o interesse de toda a sociedade, para além do interesse do próprio acusado, em conhecer os motivos que levam os magistrados a decidirem em um ou outro sentido, pois que, considerando que os atos judiciais, nesta seara, decidirão acerca de bens fundamentais em conflito, de um lado a liberdade do acusado e do outro a segurança pública, o seu conteúdo interessa a todo e qualquer membro da coletividade.

Em conformidade com o pensamento de Rosemiro Pereira Leal, na atualidade, as conquistas teóricas de liberdade, dignidade e igualdade de direitos se firmaram, não possuindo mais, as decisões segundo a consciência, ou de íntima convicção, substrato legal, erigindo-se, a legalidade, em princípio constitucional de

---

<sup>22</sup> ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**, décima edição atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 34.

<sup>23</sup> ALMEIDA, Roberto Moreira de. **Teoria Geral do Processo**. 4ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Método, 2013, p. 42.

racionalidade das decisões judiciais, o que torna imprescindível a fundamentação do ato jurisdicional<sup>24</sup>.

Antes de se traduzir a necessidade de fundamentação das decisões judiciais em mero dever dos magistrados, cuja inobservância acarreta a nulidade dos atos decisórios proferidos, deve-se alertar que se trata de direito fundamental, corolário do princípio do devido processo legal.

Consoante o pensamento de Fredie Didier Júnior, a garantia de motivação das decisões judiciais possui natureza de direito fundamental do jurisdicionado, não obstante seja tratada no artigo 93, IX, da Constituição Federal, haja vista que, ainda que não fosse expressamente previsto na Constituição, o princípio da motivação das decisões judiciais não deixaria de ser um direito fundamental do jurisdicionado, por ser corolário da garantia do devido processo legal e manifestação do Estado de direito<sup>25</sup>.

Observa, ainda, Fredie Didier Júnior, que a exigência da motivação das decisões judiciais possui uma dupla função, sendo a primeira endoprocessual, permitindo-se, às partes, conhecer as razões que formaram o convencimento do juiz, verificando se foi feita uma análise apurada da causa, bem como o exercício do controle da decisão por meio dos recursos cabíveis.

A segunda função é exoprocessual ou extraprocessual, através da qual a fundamentação viabiliza o controle da decisão do juiz pela via difusa da democracia participativa, exercida pelo povo, em nome de quem a sentença é pronunciada, pois que, não obstante o magistrado exerça uma parcela do poder, precisamente o poder jurisdicional, ele somente o faz como representante do povo, posto que a este pertence o poder, nos termos do artigo 1º da Constituição brasileira.

Não se pode fugir, portanto, da transparência e motivação dos atos praticados pelos poderes do Estado, mormente o Poder Judiciário, sendo certo que suprimir tal garantia significaria mesmo se afastar do conceito de Estado de direito.

O Poder Judiciário diariamente aplica normas e, por meio das suas decisões, restringe direitos e garantias fundamentais, como o patrimônio, por exemplo,

---

<sup>24</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos. 12ª edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 120.

<sup>25</sup> DIDIER Jr. Fredie. **Sobre a fundamentação da decisão judicial**. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/artigos/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial/>>. Acesso em: 13 de abr. de 2016.

mediante medidas expropriatórias com o objetivo de possibilitar a satisfação de um crédito.

Para tanto, indispensável que exerça, o juiz ou tribunal, o ônus argumentativo, demonstrando as razões que o levaram até a conclusão à qual chegou, não apenas indicando eventual dispositivo legal em que se estriba, mas sobretudo analisando os fatos, as razões de convencimento, argumentos das partes, demonstrando a perfeita subsunção dos fatos às normas aplicáveis, de modo a justificar e convencer do acerto da sua decisão ou, ainda que não convença, permitir a controlabilidade intersubjetiva do processo decisório.

É indispensável que o magistrado reproduza, na decisão, todo o processo cerebrino que o levou àquela conclusão, permitindo às partes e a toda a sociedade compreender como o Poder Judiciário tratou os direitos conflituosos, haja vista que o conflito, a lide ou pretensão resistida, faz parte da substância do processo.

Quando estão em conflito, então, o direito fundamental à liberdade daquele que é apontado como autor da prática de um crime e o direito fundamental à segurança pública, forçoso observar que, qualquer que seja a decisão adotada pelo magistrado ou tribunal, esta deve necessariamente ser fundamentada, tão somente por se tratar de uma decisão judicial.

E não se pode dizer que deva, o magistrado, se desincumbir de um ônus argumentativo maior quando restringe o direito à liberdade do acusado do que quando a admite. É que, agir desta maneira, seria desrespeitar a sociedade, bem como deixar de demonstrar adequadamente os motivos pelos quais esta, e cada um dos cidadãos que a compõe, não estaria sendo ferido em seu direito fundamental à segurança pública.

#### 2.5.2 Motivação das decisões e a integridade do direito

Conforme pensamento de Georges Abboud, como corolário da concepção do direito como integridade, inevitavelmente deverá ser reforçada a exigência da obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais e dos atos administrativos, haja vista que tal concepção altera profundamente a forma de utilização dos princípios jurídicos, que não mais podem ser confrontados e solucionados através de método

elencado pela hermenêutica clássica. O exame do direito como integridade, retira do intérprete, qualquer possibilidade de decisões discricionárias ou arbitrárias<sup>26</sup>.

É que, do reconhecimento da integridade do direito, decorre que toda a interpretação judicial tenha como objetivo uma descrição da ordem jurídica em seu conjunto, pois que, em uma democracia, toda a interpretação do Direito Constitucional deve considerar a própria democracia. Desse modo, as decisões interpretativas dos direitos fundamentais, como por exemplo a segurança pública e a liberdade, devem levar em consideração todo o restante da principiologia constitucional<sup>27</sup>.

A moderna doutrina do Direito Administrativo tem procurado afastar o antigo conceito de discricionariedade, como a possibilidade de, por critérios de conveniência e oportunidade, optar, a Administração, por qualquer decisão dentre as possíveis.

É bem verdade que é difícil apontar, no direito, um ato administrativo que seja integralmente vinculado, assim como um ato totalmente discricionário, havendo, em alguns casos, a predominância da primeira característica e, em outros, da segunda<sup>28</sup>.

Entrementes, não há como se conceber que seja, a atividade administrativa do Estado, exercida integralmente através de atos cujos requisitos estejam todos previstos em lei, sendo indispensável relegar, ao administrador, uma determinada margem de conformação, dentro da qual deve exercer as suas escolhas, onde residiria, então, a sua discricionariedade.

Além da existência da referida margem de conformação, deixada pelo legislador, para a atuação da Administração, forçoso reconhecer, ainda, a possibilidade de discricionariedade quando se está diante de conceitos indeterminados, tais como “boa-fé”, “moralidade pública” ou “conduta escandalosa”. Atuando, a Administração, mediante a utilização de conceitos desta espécie como crivo, diante de algumas condutas não terá dúvidas sobre a correspondência, ou

---

<sup>26</sup> ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 241.

<sup>27</sup> ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 241.

<sup>28</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 130

não, com o conceito indeterminado. Todavia, em alguns casos, adentrará numa zona nebulosa de análise, residindo, aí, a sua discricionariedade<sup>29</sup>.

Ocorre que, assim como as decisões judiciais, os atos administrativos também devem ser motivados, sendo a motivação do ato administrativo, inclusive, um direito fundamental, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>30</sup>.

Assim, mesmo em se tratando de ato administrativo discricionário, é imprescindível que a escolha do administrador seja devidamente motivada, sendo que a Administração, em sua escolha e, por conseguinte, na motivação do ato, por ter sido deixada, pelo legislador, à sua disposição, margem de conformação, nem por isso poderá se afastar dos princípios regentes do ordenamento jurídico, nem tampouco afrontar os direitos fundamentais, que são oponíveis *erga omnes*, condicionando, inclusive, a atuação dos três poderes do Estado.

Por essa razão é que, ao discorrer, Georges Abboud, sobre discricionariedade e arbítrio, sustenta ser o ato discricionário, no máximo, formalmente mais adequado ao direito do que o arbitrário, uma vez que ele ainda mantém uma motivação e uma remissão legal. Contudo, a substância do ato discricionário, quando se admite que possa se pautar exclusivamente em conveniência e oportunidade, interesse público, vontade da lei, do agente ou do legislador, na prática, seria tão dissociado do direito quanto o arbitrário, pois que estaria fundamentado em critérios não jurídicos<sup>31</sup>.

Isso não significa defender a impossibilidade de discricionariedade da Administração, mas sim que esta não pode, em sua atuação, e dentro da margem de conformação deixada pelo legislador, se furtar a buscar, deixar de perseguir, de acordo com a ordem constitucional vigente, a melhor opção, sob pena de incorrer em arbítrio, caso o único critério observado seja o da conveniência, oportunidade ou mesmo interesse público, pois que os direitos fundamentais a este se sobrepõem.

Nesse sentido, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery sustentam que a discricionariedade administrativa, para não ser inimiga do Estado de direito, depende sempre da lei, da conformidade à Constituição, da observância dos

<sup>29</sup> ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 22º ed. ver. Atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014, p. 458.

<sup>30</sup> GALVÃO, Ciro di Benatti. **O dever de fundamentação e/ou motivação dos atos administrativos restritivos como forma de manifestação da dignidade da pessoa humana**. Relatório de estágio de mestrado, Ciências Jurídico-Políticas (Direito Constitucional), Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2009, p. 52.

<sup>31</sup> ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 223.

princípios da igualdade, da legalidade, da proporcionalidade, da necessidade, bem como de sua sindicabilidade pelo Poder Judiciário<sup>32</sup>.

Ao discorrer sobre os princípios materiais da atividade administrativa sem expressa formulação constitucional, Paulo Otero trata do princípio da proibição do arbítrio, informando haver a sua violação quando a decisão se mostra insustentável, por contrariar de forma chocante ou manifesta a ideia de Direito e o sentimento de justiça ou equidade. Há, igualmente, violação da proibição do arbítrio quando a decisão se inspira em considerações totalmente estranhas à letra ou à finalidade da lei, bem como quando esta, à luz de falácias argumentativas, não se estriba em motivos sérios e objetivos, ou mesmo quando é desprovida de sentido e de utilidade<sup>33</sup>.

Igualmente há violação à proibição do arbítrio, ainda segundo o mesmo autor, quando a decisão, prescindindo dos fatos, se encontra em manifesta contradição com a situação fática que lhe serve de pressuposto, assim como quando a decisão se traduz num excesso ou abuso do exercício do poder discricionário.

Tais parâmetros podem perfeitamente ser utilizados na aferição do arbítrio judicial, especialmente quando se está a verificar o acerto de eventual medida cautelar aplicada no curso do processo penal.

Não tem sido raro verificar, nas decisões que tratam de medidas cautelares em processo penal, consoante se verá no capítulo 5, fundamentações estribadas em falácias argumentativas, meros adornos linguísticos, mas que, contudo, não se estribam em motivos sérios e objetivos, sendo decisões, portanto, desconectadas da realidade.

No processo penal, além da ampla margem de conformação deixada pelo legislador, a partir dos pressupostos normativos das diversas medidas cautelares ou de coação previstas, que serão tratadas no capítulo 4, na verificação dos pressupostos fáticos, o juiz terá de se utilizar de conceitos jurídicos indeterminados ou abertos, como “risco à ordem pública”, “conveniência da instrução criminal”, “para a garantia da aplicação da lei penal”, ou mesmo “para evitar a fuga”, o que gera, teoricamente, uma maior amplitude na escolha da medida cautelar aplicada ao caso concreto.

---

<sup>32</sup> NERY, Jr. Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada**. 4ª ed., São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 468.

<sup>33</sup> OTERO, Paulo. **Direito do procedimento administrativo**. vol. I. Coimbra: Almedina, 2016, p. 242.

Entrementes, nem por isso se deverá admitir, diante da previsão em lei de diversas medidas cautelares distintas, que haverá uma multiplicidade de respostas possíveis, ou seja, uma multiplicidade de medidas cautelares possíveis, aplicáveis ao caso concreto, como se a solução estivesse a depender exclusivamente da discricionariedade do juiz, do seu subjetivismo ou mesmo do seu arbítrio.

A multiplicidade de respostas existirá, a toda evidência, em abstrato, quando se está a falar hipoteticamente da prática de um delito por um indivíduo qualquer. No entanto, quando se está diante do caso concreto, em que determinada pessoa pratica um crime sob determinadas circunstâncias, com determinada motivação, de maneira específica, devem ser ponderados todos os elementos necessários ao escopo máximo de se chegar à solução adequada.

Comparando-se a atividade jurisdicional com a atividade administrativa, imperioso reconhecer que a Administração, assim como o Poder Judiciário, interpreta a lei para proferir ato administrativo ou decisão. Ambos, em suas respectivas atividades, estão adstritos à Constituição, o que os impõe a busca pela melhor decisão, a decisão constitucionalmente adequada, não se podendo olvidar que a demonstração do acerto da solução escolhida deva estar explicitada na fundamentação do ato ou da decisão.

Nesse sentido, de acordo com Rui Guerra da Fonseca, a atividade do juiz se distancia da atividade da Administração, pela intencionalidade desta última, posto que o primeiro, em relação aos fatos, seria indiferente, superior, não comprometido, carecendo, pois, de iniciativa, debruçando-se sobre os fatos que lhe são dados. A administração, ao revés, dá causa ao ato jurídico que decide o início do momento procedimental<sup>34</sup>.

Contudo, ambos devem agir com imparcialidade, o que significa atuar à luz do ordenamento jurídico e constitucional vigente.

Buscar a solução adequada, em consonância com os princípios constitucionais vigentes, não implica, contudo, estabelecer um método que torne o julgador isento de erros.

Evidente que toda a atividade humana é passível de falhas. Ademais, quando se está a tratar de medidas cautelares, essas são impostas, por sua natureza, em

---

<sup>34</sup> FONSECA, Rui Guerra da. **A imparcialidade como indisponibilidade do facto**: ou o critério essencial da distinção entre a administração e juiz/ Rui Guerra da Fonseca In: Estudos em homenagem ao Pro. Doutor Jorge Miranda. – Coimbra, 2012, p. 797-818. – vol. 4, p. 713/817.



geral, em fase de cognição perfunctória, de modo que, na maioria das vezes, o juiz não dispõe de todas as informações, de todos os elementos sobre a forma como foi cometido o crime, ou mesmo todos os dados acerca da pessoa do acusado, de modo que deverá optar pela melhor decisão, ou seja, pela melhor medida cautelar, diante dos dados que possui, não obstante, verificando-se a inadequação da medida, possa alterá-la, posteriormente.

### 2.5.3 Fundamentação de decisão judicial e argumentação jurídica

Conforme explicitado no item anterior, mister que as decisões proferidas pelos juízes, dentro da margem de conformação deixada pelo legislador para a escolha da medida cautelar adequada ao caso concreto, assim como os atos praticados pela Administração, no exercício da sua competência discricionária, sejam estribados na ordem constitucional vigente, sob pena de se reputarem arbitrários.

Imprescindível, ademais, que a forma, o raciocínio utilizado pelo juiz para chegar à decisão, no caso do presente trabalho, a definição de medida cautelar adequada à espécie, seja adequadamente explicitada e fundamentada a partir do próprio ordenamento jurídico, jamais afastando-se da realidade fática analisada no processo.

Robert Alexy desenvolveu uma teoria da argumentação jurídica, mediante a utilização do discurso racional para se chegar à fundamentação jurídica, sustentando que a pretensão de correção também se formula no discurso jurídico, de modo que as proposições normativas possam ser racionalmente fundamentadas no ordenamento jurídico vigente<sup>35</sup>.

A pretensão deste trabalho é precisamente demonstrar que, não obstante a margem de conformação deixada pelo legislador ao juiz, em vista da previsão de diversas medidas cautelares no processo penal, bem como dos conceitos indeterminados dos quais deverá se utilizar, e considerando o conflito surgido entre bens jusfundamentalmente protegidos, a liberdade e a segurança pública, é possível resolver o conflito, aplicando a medida cautelar adequada, através de um discurso racional, com fundamento ordenamento jurídico vigente, mormente na Constituição.

---

<sup>35</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica; tradução Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica de tradução e introdução à edição brasileira Cláudia Toledo. - 3ª ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 217.

Na linha do que já foi defendido no item anterior, sustenta Robert Alexy que, da consideração de que a Ciência do Direito e a jurisprudência não podem prescindir de valorações, seria um erro deduzir que, na medida em que tais valorações são necessárias, existiria uma lacuna livre para a tomada de decisões fundamentadas nas convicções morais subjetivas dos aplicadores do direito<sup>36</sup>.

E são precisamente essas convicções morais e subjetivas dos aplicadores do direito que são ocultadas pelos adornos linguísticos ou falácias argumentativas utilizadas em muitas decisões judiciais, tais como: “a gravidade do crime indica a necessidade da prisão”; “a prisão se mostra excessiva”; “não há necessidade da prisão preventiva”; “é imprescindível o acautelamento da ordem pública”, dentre outras, expressões que não são incorretas, mas que, se dissociadas de argumentos práticos que as justifiquem, são vazias e, portanto, falaciosas.

Sustenta Robert Alexy, em sua teoria, que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, pois que ambos têm em comum a pretensão de correção, limitado, contudo, o primeiro, a uma série de condições, especialmente a lei, a consideração obrigatória dos precedentes, o seu enquadramento na dogmática elaborada pela Ciência do Direito organizada institucionalmente e, no caso da atuação judicial, as regras processuais<sup>37</sup>.

Acrescenta que, no discurso jurídico, o uso dos argumentos especificamente jurídicos deve se unir, em todos os níveis, aos argumentos práticos gerais, adotando, dessa maneira, a tese da integração.

Por outro lado, considerando a pretensão de correção, ou seja, a intenção de proferir a decisão adequada ao caso concreto, não obstante os inúmeros argumentos que podem ser trazidos ao processo, seja por quem pretende obter uma decisão num determinado sentido, como o Ministério Público ou o defensor do acusado, seja pelo próprio juiz, tais argumentos devem ser fundamentados, de modo a se demonstrar a sua racionalidade.

Assim, considerando ser o discurso jurídico um caso especial do discurso prático, Robert Alexy propõe as seguintes regras do discurso prático: a) qualquer um pode participar do discurso, introduzir e problematizar asserções; b) se o falante

---

<sup>36</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica; trad. Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica de tradução e introdução à edição brasileira Cláudia Toledo. - 3ª ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.26.

<sup>37</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica; trad. Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica de tradução e introdução à edição brasileira Cláudia Toledo. - 3ª ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.31.

aplicar um predicado a um objeto, deverá aplicá-lo igualmente a qualquer objeto semelhante em seus aspectos essenciais; c) o falante não pode se contradizer; d) somente se pode afirmar aquilo em que se acredita; e) não se pode utilizar a mesma expressão utilizada por outros participantes do discurso em sentido diverso; f) o falante deve fundamentar aquilo que lhe for pedido.

Acrescenta, ainda, que a ciência do direito pode ser entendida como a institucionalização estável do discurso prático sob a condição da existência de um ordenamento jurídico, sendo que, por meio de tal institucionalização, é possível alcançar resultados que não são possíveis pelo discurso prático geral. É que haveria, no discurso jurídico, a considerável ampliação da discussão nos aspectos temporais, pessoais e objetivos, razão pela qual se aumenta a consistência e o caráter diferenciado da decisão<sup>38</sup>.

A consistência seria obtida a partir dos princípios da não contradição, pelo qual o falante não pode contradizer-se, a universalidade e inércia, decorrendo, dos últimos, o fundamento do uso do precedente, o que é inerente à própria ideia de justiça e impede que dois casos idênticos sejam tratados de maneiras distintas, ressaltando-se, contudo, que a condição geral é que a argumentação das decisões seja justificável, admitindo-se, pois, que aquele que decide se afastar dos precedentes exerça uma carga ou ônus argumentativo maior.

Em se tratando de processo judicial, processo integrado por partes, não necessariamente qualquer um pode participar do discurso, mas antes apenas quem, de acordo com as normas processuais, deve integrá-lo, assim como o condutor do processo, no caso o juiz, e, quando se trata de ação penal privada, na qual o Ministério Público não é parte, este participa na condição de fiscal da lei.

É evidente que, no curso do processo, surgem outros falantes, contudo têm o discurso limitado, como no caso da testemunha que tem o dever de relatar os fatos de que tem conhecimento, não lhe sendo permitido argumentar juridicamente, ou o perito, cuja função é interpretar, à luz da ciência que domina, o corpo de delito.

Assim é que a existência do ordenamento jurídico, tal como concebido pelo constituinte e pelo legislador ordinário, possibilita a institucionalização do discurso jurídico, delimitando o debate não apenas quanto aos seus participantes, mas

---

<sup>38</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica; trad. Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica de tradução e introdução à edição brasileira Cláudia Toledo. - 3ª ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 268.

também objeto, no espaço e no tempo, pois que o processo não pode se protrair indefinidamente neste, nem tampouco abarcar discussões inúteis à solução da lide.

Também no contexto de um processo judicial não se pode defender que só se possa afirmar aquilo em que se acredita. Tal postura, à toda evidência, espera-se do juiz e de quem acusa, todavia, considerando a garantia da ampla defesa, não se pode impor a esta que utilize apenas os argumentos nos quais acredita, sendo justificável que utilize aqueles que favoreçam o acusado, não podendo, contudo, afastar-se de uma racionalidade.

Assim, o discurso jurídico é prático, tendo em vista ser constituído de enunciados normativos, racional, haja vista se submeter a uma pretensão de correção, obtida a partir do discurso, contudo, conforme terminologia adotada por Robert Alexy, seria um caso especial do discurso prático racional geral por ser subordinado a condições limitadoras, como a lei, a dogmática jurídica e os precedentes<sup>39</sup>.

A utilização de uma argumentação jurídica racional é indispensável, portanto, ao cumprimento do dever de motivação das decisões judiciais. A coerência do discurso, a racionalidade, a universalidade são imprescindíveis a possibilitar a controlabilidade das decisões judiciais, o que é inerente ao Estado de direito.

Evidente que não há espaço, neste trabalho, para o exercício de uma análise profunda da teoria da argumentação jurídica, razão pela qual, inclusive, foram referidos os resultados do trabalho de Robert Alexy, sem, contudo, se revisitar todo o caminho por ele percorrido, pois o que se pretende é demonstrar de que modo a referida teoria pode ser uma indispensável aliada no cumprimento do comando inserto no inciso IX do artigo 93, da Constituição brasileira e artigo 205º, nº 1, da Constituição portuguesa.

Postos os direitos como fundamentais que são, o direito à liberdade, à segurança pública e à motivação das decisões judiciais, prosseguirá o estudo a verificar como os dois primeiros devem ser sopesados, mediante a plena observância do último, ou seja, a fundamentação das decisões judiciais, mediante uma argumentação jurídica consistente, de modo a possibilitar a aplicação constitucional das medidas cautelares em processo penal, ou medidas de coação,

---

<sup>39</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica; trad. Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica de tradução e introdução à edição brasileira Cláudia Toledo. - 3ª ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 209 e ss.

desde a mais branda até a mais severa, que restringe totalmente a liberdade daquele que se vê apontado como autor de um delito.

### 3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

#### 3.1 O princípio da proporcionalidade como proibição do excesso

##### 3.1.1 Aspectos gerais

Há princípios que são de mais fácil compreensão do que definição, sendo que a proporcionalidade entra precisamente na categoria desses princípios<sup>40</sup>.

Certamente tal observação decorre do fato de que a ideia de proporcionalidade, como medida adequada em sua natureza e intensidade, decorre do próprio sentimento de bom senso inerente à maior parte das pessoas. Assim, igualmente, explicar o que é bom senso, sem dúvida, é tarefa mais árdua do que identificar que atitude tomar, em cada momento da vida, a partir de um juízo de bom senso.

Nesse sentido o pensamento de Jorge Miranda, para quem a ideia de proporcionalidade é conatural às relações entre as pessoas, razão pela qual a reação deve ser proporcional à ação<sup>41</sup>.

Dessa maneira, a proporcionalidade é inerente à relação entre as pessoas, que costumeiramente agem, mas sobretudo reagem, de forma proporcional à provocação. Se tratadas com gentileza, assim respondem, na mesma intensidade, se tratadas com grosseria, ou ignoram, ou respondem igualmente de forma ríspida. Quando as reações excedem a intensidade ou natureza dos atos ou ações provocadores, diz-se que houve reação desproporcional.

O vocábulo proporcionalidade expressa aquilo que tem o caráter ou qualidade de proporcional, sendo proporcional, por sua vez, o que está em proporção, o que corresponde a outra coisa em tamanho grau e intensidade<sup>42</sup>.

Assim, ao verificar a proporcionalidade de um ato normativo ou mesmo de uma medida de coação ou cautelar, precisamente essas últimas objeto deste

---

<sup>40</sup> BONAVIDES, PAULO. **Curso de direito constitucional**. 31ª edição, atualizada, São Paulo: Malheiros, 2016, p. 401.

<sup>41</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, Tomo IV. 5ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 302.

<sup>42</sup> MICHAELIS. **Moderno dicionário da língua portuguesa**. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=proporcional>>. Acesso em: 15 de abr. de 2016.

estudo, é exatamente a aferição da proporção desta medida ou ato, diante do fim que se busca atingir, ou seja, a proteção ao direito, que será procedida pelo jurista.

Luís Roberto Barroso aplica os vocábulos proporcionalidade e razoabilidade, de forma fungível, justamente por reconhecer as suas fontes na Alemanha e Estados Unidos, onde assim foram tratados, respectivamente<sup>43</sup>.

Jorge Reis Novais, por sua vez, o trata como princípio da proibição do excesso, alertando-nos que poucos domínios apresentam uma terminologia tão oscilante, como o do princípio da proibição do excesso, ou, em sua acepção mais comum, princípio da proporcionalidade<sup>44</sup>.

Acrescenta, o mesmo autor, que a grande maioria da doutrina e jurisprudência, quando está a tratar de controle e parâmetros constitucionais relacionados à adequação substancial de uma medida restritiva de liberdade, utiliza precisamente a denominação princípio da proporcionalidade, sendo a proibição do excesso, quando muito, utilizada como nomenclatura para um dos subprincípios da proporcionalidade.

Paulo Bonavides, contudo, ligado mais à corrente que reconhece o nascedouro do princípio no direito alemão, por sua vez, o trata sob a denominação princípio da proporcionalidade<sup>45</sup>, no que é acompanhado por Jorge Miranda<sup>46</sup>.

Ainda conforme Paulo Bonavides, proporcionalidade e vedação do excesso, termos mais usuais na linguagem jurídica, via de regra são empregados para designar o conjunto de conceitos parciais ou elementos constitutivos denominados adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Sendo “princípio da proporcionalidade” a nomenclatura mais utilizada pela doutrina, foi também adotada neste trabalho, ao passo que a proibição do excesso é aqui utilizada como uma das suas faces, ou expressões, e não como um subprincípio, sendo a sua outra face a proibição da insuficiência, consoante adiante se verá.

---

<sup>43</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2015, Capítulo II, 4.5.

<sup>44</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**, 1ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 160.

<sup>45</sup> BONAVIDES, PAULO. **Curso de direito constitucional**. 31ª edição, atualizada, São Paulo: Malheiros, 2016, p. 401.

<sup>46</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, Tomo IV. 5ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pág. 302.

Para Helena Nunes Campos, as bases do princípio da proporcionalidade estão contidas no binômio meio/fim, buscando-se controlar os excessos e deixar que os direitos fundamentais alcancem a todos os cidadãos<sup>47</sup>.

É que não se pode, sobretudo quando se está a decidir acerca de direitos fundamentais em conflito, impor a um deles um sacrifício demasiado excessivo, ou seja, sem que exista de fato uma necessidade que o justifique.

A Constituição brasileira não previu expressamente o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, consoante observado por Luís Roberto Barroso, contudo, no constitucionalismo brasileiro, a proporcionalidade tem seu fundamento nas ideias de devido processo legal substantivo e de justiça<sup>48</sup>.

Paulo Bonavides, por sua vez, observa que, embora, o princípio da proporcionalidade não esteja previsto como norma geral de direito escrito, este se encontra como norma esparsa no texto constitucional, sendo exemplos da adoção da ideia da proporcionalidade os incisos V, X e XXV do artigo 5º da Constituição brasileira, que tratam, respectivamente, de direito de resposta proporcional ao agravo, indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como a indenização decorrente da utilização da propriedade particular pela autoridade competente, em caso de iminente perigo público, dentre outros exemplos<sup>49</sup>.

Ainda consoante o pensamento do mesmo autor, o princípio da proporcionalidade é legítimo direito positivo no constitucionalismo brasileiro, embora não tenha sido formulado como norma jurídica global, sendo certo que, nos termos da cláusula aberta do §2º do artigo 5º da Constituição brasileira, foi incorporado ao rol de direitos e garantias fundamentais, haja vista integrar a parte não-escrita e não-expressa dos direitos e garantias da Constituição, precisamente aqueles cujos fundamentos decorrem da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a Constituição.

Na Constituição portuguesa, conforme pensamento de Jorge Miranda, a proporcionalidade se manifesta, sobretudo, nos momentos mais difíceis dos direitos

---

<sup>47</sup> CAMPOS, Helena Nunes. **Princípio da proporcionalidade**: a ponderação dos direitos fundamentais. Disponível em: <[http://www.mackenzie.br/fileadmin/Pos\\_Graduacao/Mestrado/Direito\\_Politico\\_e\\_Economico/Cadernos\\_Direito/Volume\\_4/02.pdf](http://www.mackenzie.br/fileadmin/Pos_Graduacao/Mestrado/Direito_Politico_e_Economico/Cadernos_Direito/Volume_4/02.pdf)> . Acesso em: 15 de abr. de 2016.

<sup>48</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2015, Capítulo II, 4.5.

<sup>49</sup> BONAVIDES, PAULO. Curso de Direito Constitucional, 31ª edição, atualizada, São Paulo: Malheiros, 2016, p. 445.



fundamentais, havendo previsão expressa, no artigo 18º, n.º 2, pela qual a lei só pode restringir direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos<sup>50</sup>.

Ao prever, o constituinte português, que qualquer restrição legal a direito, liberdade ou garantia deva se limitar ao necessário para salvaguardar outros direitos e garantias, não obstante a ausência da utilização do vocábulo proporcionalidade, indiscutivelmente inseriu, no texto da Constituição da República Portuguesa, de 02 de abril de 1976, a cogência do princípio da proporcionalidade, inclusive em seu rol de direitos e deveres fundamentais.

De forma mais explícita, ainda, no artigo 19º, n.º 4, a Constituição portuguesa, ao tratar de opção pelo estado de sítio ou de emergência, impõe a observância do princípio da proporcionalidade.

Conforme bem observado por Jorge Reis Novais, a onipresença do princípio da proporcionalidade se tornou tão natural que seria praticamente supérflua a questão da sua fundamentação constitucional, pois que, ainda que não existissem outros dispositivos a acolhê-lo expressamente, dir-se-ia que ele decorre, inquestionavelmente, da própria ideia de Estado de direito<sup>51</sup>.

Considerando a ausência expressa do princípio da proporcionalidade no texto da Constituição brasileira, diverge a doutrina acerca do seu fundamento. Para Paulo Bonavides, a noção de proporcionalidade se infere de outros princípios que lhe são afins, dentre os quais, e sobretudo, o princípio da igualdade, mormente em se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, característica da última fase do Estado de direito<sup>52</sup>.

Quis, assim, o referido autor, extrair do próprio fundamento do princípio da igualdade, sobretudo na evolução da sua aplicação, de igualdade meramente formal a uma igualdade material, a subjacência do princípio da proporcionalidade.

Para Luís Roberto Barroso, entretanto, o princípio da razoabilidade-proporcionalidade, embora não estando expresso na Constituição Federal Brasileira

---

<sup>50</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, Tomo IV. 5ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 302.

<sup>51</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. 1ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 161.

<sup>52</sup> BONAVIDES, PAULO. **Curso de direito constitucional**. 31ª edição, atualizada, São Paulo: Malheiros, 2016, p. 444.

de 05 de outubro de 1988, encontra o seu fundamento nas ideias do devido processo legal substantivo e na de justiça<sup>53</sup>.

Para Helena Nunes Campos, a opção do Brasil pelo Estado Democrático de Direito, no preâmbulo da Constituição, bem como no artigo 1º, deslocou a proteção dos direitos fundamentais para o centro da gravidade da ordem jurídica, ensejando, por conseguinte, a presença do princípio da proporcionalidade com status constitucional<sup>54</sup>.

Consoante observa, ainda, a mesma autora, não obstante a ausência de consenso na doutrina brasileira sobre a identificação do lugar do princípio da proporcionalidade no texto constitucional, ou o seu exato fundamento constitucional, não há divergência quanto à sua presença e aplicação.

É que, enquanto uns o identificam como decorrência do devido processo legal, outros como decorrência do Estado de direito, com o princípio da legalidade, ou mesmo julgam desnecessária qualquer vinculação a qualquer norma expressa, não há dissenso quando à presença e necessidade da observância do princípio da proporcionalidade.

Temos, contudo, que a sua presença na Constituição brasileira decorra da própria adoção, pela Constituição, do Estado de direito, haja vista que não se pode admitir a sua existência sem direitos fundamentais e, portanto, sem limitação ao poder.

Também seria inimaginável a inexistência de conflitos entre direitos fundamentais de igual importância, bem como a inexistência de necessidade de restrição a eventual direito fundamental.

Assim, sendo necessário restringir direito fundamental, bem como ponderar, no caso concreto, qual deles deva prevalecer, em caso de choque entre bens fundamentais, não há como, o jurista ou o próprio legislador, deixar de proceder a uma análise à luz do princípio da proporcionalidade.

Sobre a origem histórica do princípio da proporcionalidade, alguns o apontam como sendo nascido no segundo Estado de direito alemão, após a Segunda Guerra Mundial, de onde viria o termo proporcionalidade, outros como tendo nascedouro

---

<sup>53</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2015, Capítulo II, 4.5.

<sup>54</sup> CAMPOS, Helena Nunes. **Princípio da proporcionalidade**: a ponderação dos direitos fundamentais. Disponível em: <[http://www.mackenzie.br/fileadmin/Pos\\_Graduacao/Mestrado/Direito\\_Politico\\_e\\_Economico/Cadernos\\_Direito/Volume\\_4/02.pdf](http://www.mackenzie.br/fileadmin/Pos_Graduacao/Mestrado/Direito_Politico_e_Economico/Cadernos_Direito/Volume_4/02.pdf)> . Acesso em: 15 de abr. de 2016.

não apenas na Alemanha como também nos Estados Unidos, com a denominação, contudo, de princípio da razoabilidade.

De acordo com Luís Roberto Barroso, o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, tal como desenvolvido no Brasil, seria produto das ideias oriundas de dois sistemas distintos, o da doutrina do devido processo legal substantivo do direito norte-americano, onde a matéria foi pioneiramente tratada, e o do princípio da proporcionalidade do direito alemão<sup>55</sup>.

A sua origem estaria ligada, portanto, à garantia do devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxão. A sua matriz remontaria à cláusula *law of the land*<sup>56</sup>, inscrita na Magna Carta de 1215. Modernamente, contudo, a sua consagração em texto positivo teria se dado através da 5ª e 14ª emendas à Constituição norte-americana, irradiando-se, a partir de então, como um dos mais ricos fundamentos da jurisprudência da Suprema Corte.

Sobre a origem norte-americana do princípio, Luís Roberto Barroso acrescenta que, posteriormente às mencionadas emendas, um longo itinerário foi percorrido na Suprema Corte, sendo que, na primeira fase, a cláusula do devido processo legal teve caráter meramente processual, dando guarida a garantias voltadas para o processo penal, incluindo os direitos à citação, ampla defesa, recurso e contraditório. Na segunda fase, contudo, o princípio passou a ter um alcance substantivo, através do qual o Poder Judiciário passou a desempenhar determinados controles de mérito sobre o exercício da discricionariedade pelo legislador, tornando-se, assim, importante instrumento de defesa dos direitos fundamentais.

Quanto ao desenvolvimento histórico do princípio na Alemanha, Barroso informa que ocorreu inicialmente no Direito Administrativo, possuindo o escopo de limitar a discricionariedade administrativa. Observa que, até o século XX, vigorava na Europa continental a ideia de que a soberania popular se exercia por meio da supremacia do Parlamento, não sendo o poder do parlamento juridicamente limitado, razão pela qual, até então, o princípio não havia sido utilizado no controle de constitucionalidade, o que somente passou a ocorrer após 1949, com o advento da Lei Fundamental de Bohn.

---

<sup>55</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2015, Capítulo II, 2.

<sup>56</sup> Lei da terra.

Ainda de acordo com as observações do mesmo autor, a partir de então, extraída do princípio do Estado de direito, a ideia da proporcionalidade passou a ser acolhida no direito alemão, convertendo-se o princípio da reserva legal no princípio da reserva da lei constitucional, mantendo-se, subjacente à ideia de proporcionalidade, assim como ocorria nos Estados Unidos, a ideia de uma relação racional entre os meios e os fins.

De acordo com Paulo Bonavides, o princípio da proporcionalidade, enquanto princípio constitucional, apenas se compreende, em seu sentido e alcance, com o advento de duas concepções históricas de Estado de direito, a primeira anterior à Segunda Guerra Mundial, com o apogeu da Constituição de Weimar, e a segunda após 1945, quando verdadeiramente se desenvolveu, a partir das declarações de direitos<sup>57</sup>.

Acrescenta Paulo Bonavides, que a adoção do princípio da proporcionalidade representa talvez a nota mais distintiva do segundo Estado de direito, o qual, com a aplicação desse princípio, foi admiravelmente fortalecido, havendo se convertido em princípio constitucional, por obra da doutrina e da jurisprudência, sobretudo na Alemanha e Suíça<sup>58</sup>.

Ainda conforme Paulo Bonavides, é a Alemanha o País onde se encontram as razões mais profundas do princípio da proporcionalidade, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, admitindo, entretanto, que os alemães chegaram tarde, caminhando desde o Direito Administrativo até o Direito Constitucional, ao passo que a introdução do princípio no Direito Constitucional, no entanto, se deu em primeiro lugar na Suíça.

Assim, percebe-se que o princípio da proporcionalidade, ou razoabilidade, terminologia mais utilizada nos Estados Unidos, desenvolveu-se tanto de experiências oriundas do direito norte-americano, a partir da concepção de devido processo legal, com a sua consequente evolução para o devido processo legal substantivo, que possibilitou o controle de constitucionalidade dos atos do poder público naquele País, quanto do princípio aplicado no Direito Administrativo europeu, irradiando-se, em seguida, para o Direito Constitucional.

---

<sup>57</sup> BONAVIDES, PAULO. **Curso de direito constitucional**. 31ª edição, atualizada, São Paulo: Malheiros, 2016, p. 407

<sup>58</sup> BONAVIDES, PAULO. **Curso de direito constitucional**. 31ª edição, atualizada, São Paulo: Malheiros, 2016, p. 416.

Consoante Jorge Miranda, não obstante assuma o princípio da proporcionalidade maior relevância para a atividade administrativa, todas as funções públicas sofrem o influxo do princípio<sup>59</sup>.

No mesmo sentido, o princípio da proporcionalidade é considerado regra fundamental a que todos devem obedecer, tanto os que exercem o poder, quanto os que dele padecem<sup>60</sup>.

Assim, evidencia-se que o legislador, em sua atividade de edição de normas, ao escolher os parâmetros com os quais irá restringir, promover ou proteger direitos, estará adstrito ao princípio da proporcionalidade, estando sujeitos, tais atos normativos, ao controle posterior do Poder Judiciário, que poderá invalidar normas diante de desproporção, de excessos cometidos, haja vista o princípio da supremacia da Constituição.

É que, consoante preleciona Paulo Bonavides, no segundo Estado de direito o legislador já não mais é o soberano das épocas em que se sobrepunha o princípio da legalidade, devido à ausência de controle, por meio dos princípios estabelecidos na Constituição<sup>61</sup>.

O Poder Executivo, por sua vez, na prática de atos administrativos, deverá manter sempre acesa a ideia de proporcionalidade, sob pena de invalidação dos seus atos.

O Poder Judiciário, contudo, além de exercer o controle *a posteriori* dos atos normativos e administrativos, o que deve fazer com a plena observância do princípio da proporcionalidade, diariamente, ao decidir as diversas lides e interesses conflituosos que lhe são apresentados, por meio das mais distintas ações, ora envolvendo apenas particulares, ora envolvendo o próprio poder público, deve necessariamente lançar mão do princípio da proporcionalidade.

Por tal razão, consoante pensamento de Jorge Reis Novais, o princípio é hoje a referência fundamental no controle de atuação dos Poderes em Estado de direito, assumindo, no que se refere a direitos fundamentais, a função de principal instrumento de controle da atuação restritiva da liberdade individual e da chave sem a qual, integrada no recurso à metodologia da ponderação de bens, não seria

---

<sup>59</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, Tomo IV. 5ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 307.

<sup>60</sup> BONAVIDES, PAULO. **Curso de direito constitucional**. 31ª edição, atualizada, São Paulo: Malheiros, 2016, pág. 402.

<sup>61</sup> BONAVIDES, PAULO. **Curso de direito constitucional**, 31ª edição, atualizada, São Paulo: Malheiros, 2016, p. 409.

possível decifrar os complexos problemas que vêm sendo suscitados na atualidade<sup>62</sup>.

Assim, necessário reconhecer-se que o princípio da proporcionalidade foi alçado à posição de principal instrumento no controle dos atos do poder público, sendo, portanto, indispensável e inerente à própria ideia de Estado de direito, reconhecido, ainda, como princípio garantidor da plena eficácia dos demais direitos fundamentais.

Nesse sentido, o entendimento de Paulo Bonavides, para quem o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. A ele não poderia ficar estranho, pois, o Direito Constitucional brasileiro. Sendo, como é, princípio que embarga o próprio alargamento dos limites do Estado ao legislar sobre matéria que abrange direta ou indiretamente o exercício da liberdade e dos direitos fundamentais, mister se faz proclamar a força cogente de sua normatividade<sup>63</sup>.

Dessa maneira, não se pode falar em constitucionalismo moderno, nem tampouco em Estado de direito, sem a plena observância do princípio da proporcionalidade.

Consoante pensamento de Luís Roberto Barroso, o princípio da proporcionalidade é um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do poder público, bem como por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema<sup>64</sup>.

Assim, o princípio da proporcionalidade, para além de manter a sua função de limite ao poder estatal, evitando o abuso da discricionariedade, inegável arbítrio, mantém-se como medida de interpretação das normas, no caso concreto, para preservação da ordem constitucional.

---

<sup>62</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**, 1ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 161.

<sup>63</sup> BONAVIDES, PAULO. **Curso de direito constitucional**. 31ª edição, atualizada, São Paulo: Malheiros, 2016, p. 446.

<sup>64</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2015, Capítulo II, 4.5.

Reconhecendo ser, o princípio da proporcionalidade, um dos mais importantes instrumentos da hermenêutica constitucional, não somente empregado no Brasil, como também em diversos outros países como Alemanha, Espanha, Portugal, Itália, França, Canadá, África do Sul e Colômbia, Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento apontam a sua principal finalidade como sendo a de contenção do arbítrio estatal, de provisão de critérios para o controle de medidas restritivas de direitos fundamentais ou outros interesses juridicamente protegidos<sup>65</sup>.

O princípio da proporcionalidade é integrado três subprincípios, a saber: a aptidão ou pertinência; a necessidade e, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito.

Consoante visto, diverge, a doutrina, em relação à própria nomenclatura do princípio, ora denominando-o princípio da proporcionalidade, ora da razoabilidade, ora da proibição do excesso. Igual divergência ocorre, também, em relação aos subprincípios, o que, entretanto, não dificulta a sua compreensão.

Nos próximos três itens, serão analisados, separadamente, cada um dos elementos ou subprincípios da proporcionalidade.

### 3.1.2 O subprincípio da aptidão ou pertinência

Aptidão ou pertinência, nomenclatura utilizada por Paulo Bonavides, consiste no critério de verificação sobre a medida questionada se constituir, ou não, em meio adequado a se atingir o fim colimado<sup>66</sup>.

Definida uma medida a ser adotada pelo legislador, com o objetivo de proteger ou mesmo promover determinado direito, necessária, inicialmente, é análise de aptidão. Se a medida não é apta à consecução do objetivo buscado, abandona-se a ideia de sua implementação. Caso seja considerada apta, passa-se à verificação dos demais subprincípios da proporcionalidade.

Para Jorge Reis Novais, que trata o subprincípio como princípio da idoneidade ou aptidão, preferindo-os à denominação adequação, significa que as

---

<sup>65</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2ªed. 1 reimpr. Belo horizonte: Fórum, 2016, p. 467.

<sup>66</sup> BONAVIDES, PAULO. **Curso de direito constitucional**. 31ª edição, atualizada, São Paulo: Malheiros, 2016, p. 404.

medidas restritivas da liberdade individual devem ser aptas à realização do fim perseguido, devendo contribuir, portanto, para o alcance do objetivo<sup>67</sup>.

Acrescenta Jorge Reis Novais, contudo, que, no exame de idoneidade, verifica-se, apenas e tão somente, a aptidão formal ou objetiva de um meio para se chegar a determinado fim, independentemente, entretanto, de qualquer bondade intrínseca ou da oportunidade da medida restritiva, cujo controle se fará posteriormente. A medida é idônea quando é útil à consecução do fim, sendo, ao revê, inidônea, quando inútil ao atingimento do objetivo.

Contudo, conforme observado pelo mesmo autor, necessária a observância do pressuposto lógico da idoneidade, precisamente a legitimidade constitucional dos fins colimados com a restrição e a legitimidade dos meios utilizados, tanto nesta fase de controle de proporcionalidade, quanto nas demais.

A verificação inicial, assim, deve ser relativa à efetiva aptidão da medida adotada no atingimento do objetivo idealizado, seja com o ato legislativo, seja com a medida cautelar ou de coação no curso de processo penal.

Luís Roberto Barroso identifica o princípio da adequação com a razoabilidade técnica da medida, sendo desarrazoadas as medidas eventualmente adotadas pelo poder público quando não possuem qualquer relação direta entre os motivos, os meios e os fins<sup>68</sup>.

Eventual medida que contribuísse apenas indiretamente para o atingimento do fim colimado seria considerada inadequada e, portanto, desproporcional. Como exemplo de medida desproporcional por inidoneidade do meio, Luís Roberto Barroso menciona a vedação de comercialização de bebidas alcólicas durante o carnaval, com o objetivo de evitar a contaminação de cidadãos nacionais com o vírus HIV.

A medida seria desproporcional por se encontrar rompido o vínculo entre o consumo de álcool e a contaminação, o que não impede que se reconheça, todavia, que, mediante o consumo abusivo de bebidas alcólicas, as pessoas passem a se comportar de forma mais negligente em todas as suas atitudes, o que facilitaria a contaminação pelo vírus.

Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, contudo, advertem que o exame jurisdicional de adequação deva se proceder de maneira fraca e não forte,

---

<sup>67</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. 1ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 167.

<sup>68</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2015, Capítulo II, 1.



precisamente por não poder se exigir, dada a complexidade das alternativas para se chegar a um determinado fim, que uma única medida restritiva seja suficiente para a sua consecução ou resolução de determinado problema social, não sendo rara a necessidade da convergência de mais de uma medida<sup>69</sup>.

Verificando, pois, o Poder Judiciário, não ser a medida questionada suficiente para a resolução do problema, mas que, não obstante, contribui para a sua realização, deixará de declarar a sua invalidade por inconstitucionalidade.

Possibilitando melhor verificação do subprincípio, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento estabelecem duas etapas para o exame de adequação, sendo a primeira dirigida à análise da legitimidade dos fins perseguidos pelo Estado e, a segunda, à efetiva aptidão dos meios para o atingimento dos fins desejados.

Assim, se um ato da Administração determina que sejam cortados os cabelos dos apenados, com o escopo de se evitar a proliferação, nos ergástulos, de piolhos, poder-se-ia, em princípio, reconhecer a legitimidade do fim perseguido, pois que se estaria buscando a preservação da saúde. Se, ao revés, o corte fosse determinado, de maneira pouco convencional, com o escopo de exposição dos apenados ao ridículo, a medida, a partida, seria inadequada, haja vista ser ilegítimo o fim colimado.

Apenas depois de constatada a legitimidade do fim perseguido é que se iniciaria a análise da idoneidade da medida questionada, se verdadeiramente apta à realização do fim legítimo a que se busca.

### 3.1.3 O subprincípio da necessidade

Quanto ao princípio da necessidade, segundo Luís Roberto Barroso, impõe-se a verificação da inexistência de meio menos gravoso para a consecução dos fins visados.

Assim, dentre todas as medidas que atinjam o mesmo grau de proteção a determinado direito, deve, o poder público, escolher a menos restritiva. Optando por aquela que seja desnecessariamente restritiva, adotará medida desproporcional, desarrazoada e, portanto, sujeita à invalidação.

---

<sup>69</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2ªed. 1 reimpr. Belo horizonte: Fórum, 2016, p. 467.

Conforme Paulo Bonavides, a medida não deve exceder os limites indispensáveis à consecução do fim legítimo que se busca alcançar, ou seja, deve ser uma medida efetivamente necessária, cumprindo que, entre duas medidas, deve sempre se escolher aquela que cause menos gravame<sup>70</sup>.

Jorge Reis Novais trata o subprincípio da necessidade como princípio da indispensabilidade, ou princípio do meio menos restritivo, explicando que se trata do princípio que impõe a opção pelo meio mais suave ou menos restritivo, cuja utilização seja indispensável a atingir o fim em vista<sup>71</sup>.

Explica Novais que se trata da verificação de existência, em relação ao meio escolhido, de um outro meio que, sendo tão eficaz ou idôneo como aquele primeiro para atingir o bem pretendido, apresente, entretanto, um menor grau de agressão, motivo pelo qual o controle de necessidade ou indispensabilidade deve se fazer sempre na comparação entre os meios a serem escolhidos com o escopo de atingimento de um determinado fim, ou seja, entre alternativas de restrições a serem implementadas com o escopo de alcance do objetivo colimado.

Consoante bem observado, ainda, pelo mesmo autor, de fácil controle jurisdicional é quando se está diante de dois ou mais meios para se atingir um determinado fim, com o mesmo grau de eficácia ou proteção. A opção deverá recair sempre sobre o meio menos restritivo. Em se tratando de controle de constitucionalidade de ato normativo, o Poder Judiciário deverá declarar a sua inconstitucionalidade mas, embora possa apontar, na fundamentação da sua decisão, a existência de meio menos restritivo, a opção, pelo referido meio, deverá ser feita pelo legislativo, razão por que aponta como necessária a ponderação pelo Poder Judiciário, do que seria preferível, do ponto de vista da garantia dos valores constitucionais: invalidar a medida excessiva, mesmo sabendo que o fim perseguido estaria desprotegido de qualquer ato que o substituísse, até ulterior deliberação legislativa, ou manter a medida mais restritiva para evitar riscos ao fim legítimo perseguido.

Tal problemática, em se tratando de controle de constitucionalidade, pode ser solucionada com a modulação dos efeitos da inconstitucionalidade, através da qual declara, o tribunal constitucional, a inconstitucionalidade do ato questionado,

---

<sup>70</sup> BONAVIDES, PAULO. **Curso de direito constitucional**. 31ª edição, atualizada, São Paulo: Malheiros, 2016, p. 406.

<sup>71</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. 1ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 172.

fixando, contudo, momento futuro para a eficácia da sua declaração, conforme permissivo do artigo 11 da Lei 9.882 de 3 de dezembro de 1999.

Quando se está, contudo, a tratar de medidas cautelares, ou de coação, no curso de processo penal, em sede de reexame por tribunal de segundo grau de jurisdição, tribunal especial ou constitucional, tendo em vista o efeito devolutivo, inerente a todos os recursos, cabe ao órgão revisor não apenas constatar a desnecessidade da medida, ensejadora da sua inconstitucionalidade, ante a existência de medida menos restritiva que possa atingir a mesma eficácia, mas também, de pronto, substituir a medida mais restritiva pela menos restritiva.

A ponderação e o exame de necessidade das medidas cautelares corporais que restringem a liberdade também deverão ser feitas no momento da sua escolha, pelo juiz de primeiro grau, e não apenas pelos órgãos revisores, sempre com o escopo de atingir o maior grau de eficácia, com o menor sacrifício possível, estando passível, contudo, tal medida, de modificação pelo próprio juiz ou pelos órgãos colegiados de hierarquia superior.

Mais complexa, contudo, é a análise, quando se mostra possível escolher entre medidas diversas que atingem graus de eficácia distintos, sobretudo quando há uma redução praticamente insignificante no grau de realização da medida que gera, não obstante, um significativo abrandamento do seu grau de restrição.

Nesses casos, a ponderação deixa a seara exclusivamente objetiva para utilizar elementos de subjetivismo, razão pela qual, quando se está a tratar de apreciação judicial de atos legislativos, ingressaria, o órgão judicial, em juízos de valor que poderiam se chocar com apreciações distintas procedidas pelo Poder Legislativo e, portanto, eventual ponderação acerca da conveniência ou não de uma redução no grau de efetividade da medida, ensejadora de redução significativa da restrição à liberdade, para grande parte da doutrina, deverá caber exclusivamente ao legislador<sup>72</sup>.

Nesse sentido, o pensamento de Cláudio Pereira de Souza e Daniel Sarmiento, para quem o subprincípio da necessidade impõe que, dentre diversas

---

<sup>72</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**, 1ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 175.

medidas possíveis que promovam com a mesma intensidade uma determinada finalidade, o Estado deve optar sempre pela menos gravosa<sup>73</sup>.

Ainda segundo os mesmos autores, a análise de conformidade de uma medida estatal com o subprincípio da necessidade deve se desdobrar em duas etapas. Em primeiro lugar, deve-se verificar se as eventuais medidas alternativas à questionada possuem ou não idoneidade, no mínimo, equivalente, para promover o objetivo almejado. Em segundo lugar, dentre as medidas que passaram no primeiro critério, ou seja, dentre aquelas que possuem idoneidade equivalente, verifica-se qual delas é a menos gravosa. Caso exista medida igualmente idônea, contudo menos restritiva que aquela implementada, terá havido violação ao subprincípio da necessidade, violando-se, por conseguinte, o princípio da proporcionalidade.

Acrescentam, ainda, Cláudio Pereira de Souza e Daniel Sarmento, que as mencionadas etapas podem envolver diversas dimensões, sendo necessário, na primeira delas, comparar medidas alternativas sob várias perspectivas, como quantitativa, qualitativa, probabilística e temporal, sendo que uma medida só será considerada tão idônea quanto a adotada se for igual ou superior a ela em todos esses aspectos. Caso uma medida promova mais o objetivo prosseguido, contudo envolva um maior risco de fracasso, o juízo técnico ou político do órgão estatal deverá prevalecer, não devendo o Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade da medida questionada, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Considerando tal corrente doutrinária majoritária, quando se está a tratar de atos legislativos, a apreciação judicial do critério de necessidade ou indispensabilidade deverá se restringir aos casos fáceis, aqueles que podem ser resolvidos objetivamente, haja vista o igual grau de realização entre as medidas aventadas, reservando-se a ponderação acerca dos casos em que há diferença no grau de realização das medidas para o último elemento, critério ou subprincípio da proporcionalidade, precisamente a proporcionalidade em sentido estrito, cujo estudo se fará no próximo item.

Nesses casos, tendo em vista a sua complexidade, não se pode proceder à análise mediante critérios eminentemente objetivos, havendo uma determinada margem de discricionariedade a demandar, inclusive, conhecimentos técnicos

---

<sup>73</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2ªed. 1 reimpr. Belo horizonte: Fórum, 2016, p. 476.

específicos que fogem ao âmbito de conhecimento do jurista, sendo indispensável, portanto, uma atuação mais contida do Poder Judiciário.

Situação distinta é a do controle de indispensabilidade ou necessidade das medidas cautelares ou de coação no processo penal, em que a escolha, por parte do juiz, diante dos casos concretos que diariamente lhe são apresentados, em não raras oportunidades, se dá entre medidas que atingem graus de realização diferentes, motivo pelo qual são reputados casos difíceis.

Assim, a análise para a escolha da medida cautelar ou de coação a ser inicialmente aplicada pelo magistrado deverá passar pelo controle de indispensabilidade, sendo possível, ao próprio juiz, como se melhor explicitará no capítulo 5, diante da percepção de que a medida se mostra insuficiente, optar por outra mais restritiva.

Ainda que o controle não se proceda pelo mesmo órgão do Poder Judiciário, mas por órgão de hierarquia superior, consoante anteriormente referido, ampla será margem de atuação do órgão revisor na análise da medida questionada, seja diante de medidas igualmente idôneas, seja diante de medidas que realizam, em graus distintos, o objetivo perseguido.

É que a interposição de recurso devolve, ao órgão ao qual se recorre, toda a matéria já analisada pelo órgão prolator da decisão questionada, provocando uma nova apreciação, assim, por outro órgão, integrante, contudo, do mesmo Poder, razão pela qual, mesmo diante da ampla margem de conformação nos chamados casos difíceis, não haverá qualquer ofensa à separação dos poderes, em caso de modificação da decisão proferida pelo órgão de instância inferior.

#### 3.1.4 O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito

O terceiro elemento ou subprincípio da proporcionalidade é precisamente o da proporcionalidade em sentido estrito, ou simplesmente proporcionalidade, para a corrente que adota a nomenclatura de princípio da proibição do excesso.

É nesta fase de análise, da proporcionalidade da medida questionada, que o administrador, legislador ou juiz levará em conta se esta, não obstante considerada idônea na persecução do bem a ser protegido ou promovido (primeira fase da verificação), ainda que considerada necessária, levando-se em consideração outras medidas alternativas que poderiam ser implementadas (segunda fase da

verificação), eventualmente não se mostra desproporcional, tendo em vista o sacrifício que impõe ao bem fundamental a sofrer restrição, diante do benefício trazido ao bem que se pretende proteger ou promover.

É momento de avaliação do custo benefício da medida a ser implementada. Verifica-se, portando, se vale a pena a restrição imposta diante do consequente grau de realização do direito que com a medida restritiva se pretende promover ou proteger.

A medida há de ser, portanto, consoante o pensamento de Jorge Reis Novais, justa, adequada, razoável, proporcionada, considerando-se a relação entre a restrição, o bem que se pretende proteger ou prosseguir, com o bem jusfundamentalmente protegido que resulta, por conseguinte, desvantajosamente afetado<sup>74</sup>.

A proporcionalidade, encerra, portanto, o sentido de justa medida do meio escolhido, considerando o fim que se pretende alcançar.

A utilização do elemento da proporcionalidade, segundo Paulo Bonavides, implica na obrigação de fazer uso dos meios adequados, bem como na interdição em relação aos meios desproporcionados<sup>75</sup>.

Diversamente do que ocorre no controle de necessidade ou indispensabilidade, quando se está a verificar a proporcionalidade da medida, a aferição se dá levando-se em consideração os meios e os fins, não sendo, todavia, momento para eventual comparação entre medidas menos restritivas.

Não obstante esta observação, Jorge Reis Novais propõe uma análise combinada da proporcionalidade com a indispensabilidade ou necessidade, possibilitando uma maior ponderação de vantagens e desvantagens das medidas alternativas postas à disposição do poder constituído, haja vista a sua livre margem de apreciação, sobretudo quando o acréscimo marginal no grau de proteção ou promoção ao direito obtido com a medida questionada é sutil, mas ao revés, enseja significativo aumento na restrição imposta, em relação ao que poderia ser obtido com medida alternativa<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**, 1ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 178.

<sup>75</sup> BONAVIDES, PAULO. **Curso de direito constitucional**, 31ª edição, atualizada, São Paulo: Malheiros, 2016, p. 407.

<sup>76</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**, 1ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 178.

Contudo, é mister a compreensão das distintas fases de aferição da proporcionalidade, em sentido amplo, de modo a melhor permitir o controle intersubjetivo das decisões, aqui também referidas em sentido amplo, como decisões do legislador, do administrador ou do juiz.

De acordo com Luís Roberto Barroso, a proporcionalidade em sentido estrito consiste na ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido. Trata-se, portanto, consoante acima já referido, de verificação do custo benefício da medida questionada<sup>77</sup>.

Para Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento, o subprincípio da proporcionalidade demanda que a restrição ao direito ou ao bem jurídico imposta pela medida estatal seja compensada pela promoção do interesse contraposto. Impõe, portanto, a verificação de justificação ao grau de afetação de um direito ou interesse, diante do nível de realização do bem, cuja tutela é perseguida<sup>78</sup>.

Ainda em conformidade com Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento, a avaliação de possível violação à proporcionalidade envolve várias operações intelectuais interligadas. Inicialmente, verifica-se o nível de restrição ao bem afetado com a medida. Após, verifica-se o grau de realização do interesse que a ele se contrapõe. Por fim, conferem-se os resultados a fim de se aferir, em conformidade com os valores constitucionais, se a promoção do bem jurídico favorecido iguala ou supera a restrição ao interesse concorrente.

A avaliação, consoante advertem os mesmos autores, deve ser iniciada a partir do cotejo do peso abstrato dos bens jurídicos em colisão, não havendo, contudo, uma hierarquia rígida entre os bens ou direitos presentes do ordenamento jurídico, sendo necessário, contudo, o reconhecimento de que determinados interesses recebem uma maior proteção do ordenamento constitucional, existindo, portanto, uma tendência de que prevaleçam, podendo tal tendência ceder diante da análise do caso concreto.

Acrescentam, ainda, os referidos autores que, ultrapassada a fase de análise do peso abstrato dos bens jurídicos em colisão, passa-se à verificação do peso concreto, haja vista a possibilidade de afetação dos bens em confronto em diferentes graus, o que pode justificar, portanto, a prevalência de um interesse que

---

<sup>77</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2015, Capítulo II, 2.

<sup>78</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2ªed. 1 reimpr. Belo horizonte: Fórum, 2016, p. 478.

não receberia, em abstrato, maior proteção da ordem constitucional. Desse modo, explica-se, no caso concreto, a prevalência do direito à liberdade em detrimento do direito à vida, considerando a edição de eventual medida estatal que pretendesse proibir a prática de esportes radicais, a mercê de proteger o último.

É que o grau de proteção obtido com a medida proposta apresentaria uma sutil contribuição para a proteção do direito à vida, entretentes restringiria demasiadamente a liberdade na prática de esportes. Assim, no caso concreto, prevaleceria a liberdade, sendo considerada desproporcional eventual medida que pretendesse impedir a prática de esportes radicais.

Forçoso observar que, neste caso concreto, a medida questionada passaria incólume pelos dois primeiros elementos da proporcionalidade. Na primeira fase da análise, seria considerada idônea ou adequada para a tutela do direito à vida. Na segunda fase, considerando a sua comparação com outra medida que eventualmente impusesse a utilização de equipamentos de proteção, tais como capacetes, cordas de segurança, luvas e óculos de proteção, considerar-se-ia indispensável ou necessária, posto que atingiria um maior grau de proteção. Entretentes, não subsistiria ao controle de proporcionalidade em sentido estrito, pela absoluta desproporção entre o benefício obtido ao bem jurídico a ser tutelado, a vida, e a afetação do interesse contraposto, a liberdade.

Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento observam, ademais, que no controle de proporcionalidade deve-se examinar a confiabilidade das premissas empíricas em que se assenta a ponderação, sendo necessária mais cautela na edição de medida restritiva quando há incerteza quanto à realização concreta da interferência. Assim, se o agente estatal responsável pela edição da medida possuía apenas dados empíricos pouco confiáveis, o peso abstrato do princípio e o grau de interferência deverão ser maiores<sup>79</sup>.

Jorge Reis Novais, por sua vez, estabelece diferenciação entre a ponderação de bens e o controle de proporcionalidade propriamente dito. A primeira se procede tanto em um plano abstrato, quanto em um plano concreto, a fim de se verificar, no

---

<sup>79</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2ªed. 1 reimpr. Belo horizonte: Fórum, 2016, p. 479.



conflito, qual dos interesses deva prevalecer. O controle de proporcionalidade, ao revés, só seria operativo enquanto controle concreto<sup>80</sup>.

Dessa maneira, podem ser ponderados os interesses em conflito, como no caso do exemplo referido, relativo à prática de esportes, entre a vida e a liberdade e, num plano abstrato, se chegar à conclusão de que a vida apresenta maior peso, chegando-se, ainda, à mesma conclusão no plano concreto.

Contudo, a proporcionalidade apenas será apreciada diante da medida concreta a ser questionada. Nesse caso, a análise será precisamente se o acréscimo no grau de proteção ao bem que se pretende proteger, a vida, justifica a restrição à liberdade que importa na vedação à prática de toda e qualquer modalidade de esportes radicais.

Somente nesse momento é que será possível identificar a inconstitucionalidade da medida por afronta ao terceiro elemento da proporcionalidade, a proporcionalidade em sentido estrito, não sendo suficiente, pois, a mera ponderação, em abstrato, entre os dois valores constitucionalmente protegidos.

Acerca da análise do subprincípio, adverte, contudo, Jorge Reis Novais, que existe uma relativa imprecisão e fungibilidade nos critérios de avaliação, sobretudo porque esta se dá acerca da justiça, adequação, razoabilidade e proporcionalidade da medida, pelo que haveria sempre o apelo à utilização de uma referência axiológica a funcionar como terceiro termo na relação, como de justa medida de adequação material ou mesmo de razoabilidade.

Dai porque, conclui o referido autor, existe uma inafastável vinculação entre o princípio da proporcionalidade e a avaliação subjetiva do justo, do dever ser, em função do sentimento de justiça ou ideia de direito daquele que julga ou pondera.

Não obstante esta remanescente margem de subjetividade, sobretudo quando se está a tratar de decisões judiciais, não pode deixar, o juiz, de expor as razões do seu convencimento, explicitando todo o raciocínio percorrido até à sua conclusão, possibilitando, dessa maneira, o controle intersubjetivo do julgado, devendo fundar, pois, a sua decisão, sempre no princípios extraídos da ordem constitucional vigente.

Conforme observação já constante no item anterior, que trata do subprincípio da necessidade, quando está o juiz a decidir sobre medidas do administrador ou

---

<sup>80</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. 1ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 179.

mesmo do legislador, a análise da proporcionalidade há que ser mais contida, haja vista que não deverá ingressar na esfera das decisões políticas dos demais poderes, sobretudo quando, diante da severidade ou dificuldade do caso, mister a escolha entre duas ou mais medidas que promovem alterações sutis no grau de realização do bem jurídico a ser tutelado.

Não obstante, a ideia lançada no início deste tópico, no sentido de que, na análise do terceiro elemento da proporcionalidade, não se procederia a qualquer comparação entre a medida questionada e qualquer outra alternativa, consoante também já referido neste tópico, Jorge Reis Novais propõem uma análise conjunta do segundo e terceiro subprincípios da proporcionalidade, o que entendemos de grande utilidade à verificação da proporcionalidade em sentido amplo, ou proibição do excesso, nomenclatura adotada pelo doutrinador português, razão pela qual pertinente a observação do parágrafo anterior.

Entrementes, ampla será a margem de verificação quando está o órgão jurisdicional a decidir sobre qual medida restritiva implementar, bem como a decidir sobre eventual excesso ou desproporção em medida adotada por órgão jurisdicional de hierarquia inferior, pois que, neste caso, não estará invadindo a esfera de atuação de outro poder, não estará se imiscuindo na área de decisões políticas reservadas ao legislador ou administrador, evitando, assim, ofensa ao princípio da separação dos poderes<sup>81</sup>.

Resta observar que a análise da proporcionalidade que se procedeu neste tópico, com todos os seus subprincípios, dentre eles a adequação ou idoneidade, necessidade ou indispensabilidade e proporcionalidade em sentido estrito, se deu voltada à sua expressão mais vulgar e usual de proporcionalidade como proibição do excesso, sempre dirigida, portanto, à contenção dos poderes do estado, com o escopo maior de garantir a liberdade dos indivíduos.

No próximo tópico, contudo, será analisada a proporcionalidade em sua outra face, precisamente em sua expressão mais moderna que implica na proibição da insuficiência, decorrente dos deveres de proteção do Estado.

### **3.2 Princípio da proibição da insuficiência**

---

<sup>81</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. 1ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pág. 178.

Conforme já dissemos em outra oportunidade, o princípio da proibição da insuficiência é pouco explorado pela doutrina, com exceção do caso alemão, sendo escassos os autores de língua portuguesa a tratar do tema, não obstante a importância que gradativamente venha ganhando na atualidade, sobretudo após a sua utilização em alguns julgados dos tribunais constitucionais, tanto no Brasil quanto em Portugal<sup>82</sup>.

Consoante o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet, o princípio da proibição da insuficiência integraria, juntamente com o princípio da proibição do excesso, o princípio maior da proporcionalidade, sendo, um e outro, portanto, cada uma das faces de uma mesma moeda<sup>83</sup>.

Dessa maneira, é indispensável observar que o controle de proporcionalidade enseja a contenção do poder público, de modo a evitar que este desrespeite, comissivamente, os direitos fundamentais de liberdade dos indivíduos, mas não apenas, pois que, sob a ótica do princípio da proibição da proteção insuficiente, ou proibição da insuficiência, o que se veda é a omissão na proteção ou promoção a bem ou interesse jufundamentalmente protegido.

Ao enunciar um direito fundamental, incumbe ao poder público não somente respeitá-lo, evitando, desse modo, por ação, ferir o direito fundamental do cidadão, considerado em sua dimensão subjetiva, mas também imprescindível que o defenda de ataques de terceiros, sob pena de incorrer em omissão inconstitucional.

Já referimos noutro momento que, paralelamente à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, a dimensão objetiva desses direitos impõe uma nova visão e reconhecimento de prestações aos poderes estatais, com o escopo de consagrar os valores nucleares da ordem jurídica democrática<sup>84</sup>.

É que, quando um direito fundamental é previsto no texto constitucional, incumbe ao Estado o dever de se abster de contra ele intervir, bem como de não colocá-lo em risco, de qualquer maneira, evitando, assim, com que possivelmente sofra restrição.

<sup>82</sup> MACEDO, Fabrício Meira. **O princípio da proibição da insuficiência no Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <[http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/09/2014\\_09\\_07029\\_07072.pdf](http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/09/2014_09_07029_07072.pdf)>. Acesso em: 03 de mai. de 2016.

<sup>83</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e Proporcionalidade**: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. Disponível em: <[www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=53](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=53)>. Acesso em: 10 de out. de 2013.

<sup>84</sup> MACÊDO, Fabrício Meira. **O princípio da proibição da insuficiência no Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <[http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/09/2014\\_09\\_07029\\_07072.pdf](http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/09/2014_09_07029_07072.pdf)>. Acesso em: 03 de mai. de 2016.

Indispensável, ainda, que o Estado adote as medidas necessárias à proteção dos direitos fundamentais enunciados, de modo a evitar que sofram ataques de terceiros.

Conforme Ingo Wolfgang Sarlet, a violação da proibição da insuficiência encontra-se habitualmente representada por uma omissão, ainda que parcial, do poder público, no que se refere ao cumprimento de um imperativo constitucional, no caso um imperativo de tutela ou dever de proteção, não se esgotando, contudo, nesta dimensão<sup>85</sup>.

Também é tratado como princípio da proibição do déficit ou proibição por defeito, referindo-se à deficiência no cumprimento do dever de proteção do Estado, assim como o dever de promoção dos direitos fundamentais.

É que incumbe ao poder público, consoante pensamento de José Joaquim Gomes Canotilho, adotar medidas suficientes de natureza normativa, assim como praticar atos materiais efetivos, possibilitando uma proteção eficiente e adequada dos direitos fundamentais, além da sua devida promoção<sup>86</sup>.

Dessa maneira, não basta a estruturação do ordenamento jurídico infraconstitucional, de modo a garantir o respeito aos direitos fundamentais previstos no texto constitucional, mas antes que efetivamente esses sejam protegidos por meio de atos efetivos de concretização dessas normas, sejam atos da administração ou mesmo da jurisdição.

Nesta seara, da prática de atos efetivos de concretização dessas normas, quando se está a tratar de jurisdição, incumbe ao Poder Judiciário, no curso do processo penal, impor as medidas cautelares ou de coação necessárias ao pleno resguardo da segurança pública, direito fundamental que é, e que, como visto, não obstante seja um bem em si mesmo, possibilita a salvaguarda de diversos outros direitos fundamentais, como a vida, a integridade física, o patrimônio, dentre outros.

Quando o juiz se omite quanto à determinação de medida suficiente a evitar o risco à segurança pública, que pode ser acarretado pela liberdade do acusado, à toda evidência, está a incorrer em proteção insuficiente e, portanto, atua de forma desproporcional e inconstitucional.

---

<sup>85</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e Proporcionalidade**: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. Disponível em: <[www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=53](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=53)>. Acesso em: 10 de out. de 2013.

<sup>86</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. 3ª ed. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 267.

De acordo com Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, a ideia de proporcionalidade como proibição da insuficiência foi desenvolvida no Direito Constitucional alemão a partir da concepção de que os direitos fundamentais não seriam meros direitos subjetivos negativos, mas, ao revés, possuiriam também uma dimensão objetiva, pela qual, na medida em que certos bens jurídicos e valores são tutelados, impõe-se ao Estado a sua promoção e, também, proteção no que se refere a ataques de terceiros<sup>87</sup>.

Tal concepção surgiu com o advento do Estado Social, momento em que o Estado deixou de ser reputado tão somente como um adversário dos direitos, cuja atuação deveria ser contida, ao máximo, com o escopo maior de salvaguardar a liberdade individual, o que ocorria devido às concepções do liberalismo burguês, passando-se à compreensão de que o Estado deve atuar positivamente com o escopo de proteger e promover os valores comunitários, como um verdadeiro protagonista na concretização dos direitos fundamentais.

No momento em que há omissão estatal, seja por ausência de promoção dos direitos fundamentais enunciados, seja por deixar de protegê-los adequadamente dos ataques de terceiros, incorre, assim, o poder público, em desproporcionalidade, em razão da sua atuação deficiente, não havendo apenas desproporcionalidade quando age com excesso, face mais vulgar da proporcionalidade, tratada no primeiro subitem deste capítulo.

Em conformidade com o pensamento de Jorge Reis Novais, para todos os direitos fundamentais, de liberdade ou sociais, individuais ou coletivos, de defesa ou de prestação, existe uma obrigação correlata do Estado de proteção, haja vista que, havendo assumido o monopólio do uso da força coercitiva legítima, fica obrigado à proteção geral da vida, segurança, bem-estar, liberdade e propriedade dos particulares<sup>88</sup>.

Trata-se do dever de proteção do Estado, cuja inobservância, omissão ou inadequação da medida de proteção necessária a evitar ataques de terceiros aos direitos fundamentais enunciados enseja o reconhecimento de inconstitucionalidade, em virtude da proteção insuficiente.

---

<sup>87</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2ªed. 1 reimpr. Belo horizonte: Fórum, 2016, p. 482.

<sup>88</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2ªed. 1 reimpr. Belo horizonte: Fórum, 2016, p. 482.

Paralelamente ao dever de proteção, surge, com o Estado Social, o dever de promoção dos direitos fundamentais, haja vista que, neste momento, o Estado se afasta da sua neutralidade, típica do liberalismo, passando a exercer, consoante acima mencionado, um protagonismo no que se refere à realização dos direitos fundamentais enunciados, sobretudo com o escopo de redução das desigualdades, promoção do desenvolvimento das autonomias individuais, assim como atingimento de liberdade e igualdade reais.

O dever de promoção dos direitos fundamentais, contudo, não é tratado no presente trabalho, haja vista que o que se busca, efetivamente, é discorrer sobre a motivação das decisões que impõem ou deixam de impor medidas cautelares no processo penal, à luz do princípio da proporcionalidade, considerando o conflito naturalmente existente entre os direitos fundamentais à segurança pública e à liberdade no referido contexto.

O princípio da proibição da insuficiência, contudo, não obstante se refira ao dever de proteção do Estado, com ele não se confunde, pois que exige uma proteção mais efetiva aos bens jurídicos e interesses protegidos.

Nesse sentido é o pensamento de Claus-Wilhelm Canaris, para quem a proibição da insuficiência não coincide com o dever de proteção, como se com ele não tivesse nenhuma relação autônoma, pois que se está a tratar de dois percursos argumentativos distintos, pelos quais, inicialmente, há a verificação da existência de um dever de proteção, bem como em que termos deve ser realizada esta proteção, sem que se desça abaixo de um liminar mínimo<sup>89</sup>.

No controle de insuficiência, por sua vez, busca-se garantir que a proteção satisfaça as exigências mínimas na sua eficiência, impedindo, ainda, a sobrestimação de bens jurídicos contrapostos.

Em que pese as observações de Claus-Wilhelm Canaris sejam voltadas aos imperativos de tutela, mormente relacionados ao controle de insuficiência das omissões legislativas nas relações entre particulares, considerando que o princípio da proibição da insuficiência, assim como o da proibição do excesso, como faces distintas do princípio da proporcionalidade, tem como destinatário o poder público em geral, cabível aqui a observação de que tanto o administrador, quanto o legislador e o juiz, este último no exercício do controle de constitucionalidade dos

---

<sup>89</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 138/139.

atos praticados pelos dois primeiros, assim como na escolha das medidas que ele mesmo adotará, na aplicação da normas infraconstitucionais, não devem descer abaixo do limite de eficácia mínima de proteção admitida, sob pena de ofensa ao princípio de proibição da proteção insuficiente.

É nesse sentido a advertência lançada pelo referido autor, quando refere à aplicação do princípio da proibição da insuficiência nos problemas relacionados à aplicação e ao desenvolvimento judiciais do direito:

Para evitar mal entendidos, acrescente-se que a proibição de insuficiência não é aplicável apenas no (explícito) controlo jurídico-constitucional de uma omissão legislativa, mas antes, igualmente, nos correspondentes problemas no quadro da aplicação e do desenvolvimento judiciais do direito. Pois, uma vez que a função de imperativo de tutela de direitos fundamentais não tem, de forma alguma, alcance mais amplo no caso de uma realização pela jurisprudência que pelo legislador, o juiz apenas está autorizado a cumprir esta tarefa porque, e na medida em que, a não o fazer, se verificaria um inconstitucional déficit de protecção, e, portanto, uma violação da proibição de insuficiência<sup>90</sup>.

Dessa maneira, mormente quando está o juiz a decidir, dentro da sua margem de conformação no processo penal, qual a medida cautelar ou de coação adequada ao caso concreto, ou mesmo se é efetivamente necessária a determinação de qualquer medida, terá sempre, por um lado, o controle da proibição do excesso a evitar que a medida imposta enseje uma intervenção injustificável na liberdade do acusado, por outro, a proibição da insuficiência, a impedir que a medida, por ser demasiadamente branda, no caso concreto, deixe de possibilitar a eficácia mínima que dela se espera, diante da proteção à segurança pública, assim como a outros direitos de terceiros, cuja proteção é papel do Estado.

O princípio da proporcionalidade, por proibição da insuficiência, de acordo com Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, encontra-se estruturado da mesma maneira que a sua outra face, a proibição do excesso, cuja análise se fará a partir dos mesmos subprincípios<sup>91</sup>.

Desse modo, havendo abstenção total ou parcial, por parte do Estado, em adotar medida que favoreceria a promoção ou a proteção de determinado direito fundamental, seria necessário verificar, inicialmente, a adequação, indagando se a

<sup>90</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 124.

<sup>91</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2ªed. 1 reimpr. Belo horizonte: Fórum, 2016, p. 483.

omissão ou a atuação deficiente contribuiria para a promoção de algum objetivo legítimo.

Ultrapassada a verificação inicial, passar-se-ia a investigar a efetiva necessidade da omissão ou atuação deficiente, exercendo comparações com outras medidas que eventualmente poderiam ser menos prejudiciais ao direito, favorecendo, no mesmo grau, o objetivo a ser alcançado.

Por fim, a verificação consistiria em definir se a deficiência na proteção ou promoção do direito aventado é compensada, sob o ponto de vista constitucional, com a realização do objetivo ou proteção do direito fundamental.

Tal estruturação do princípio, espelhada nos elementos da proibição do excesso, encontra críticas na obra de Claus-Wilhelm Canaris, para quem uma transposição, sem modificações, do estrito princípio da proporcionalidade, como foi desenvolvido no contexto da proibição de excesso, para a proibição da insuficiência, não seria aceitável, ainda que considerações de proporcionalidade desempenhem um papel, tal como em todas as soluções de ponderação<sup>92</sup>.

É que, consoante argumenta Canaris, não se pode impor ao Estado, no âmbito das omissões, o mesmo ônus de fundamentação e de legitimação que no domínio das atuações interventivas, analisadas à luz do princípio da proibição do excesso, haja vista que, neste último caso, haveria apenas o ônus de argumentação quanto ao acerto e constitucionalidade de uma só medida, ao passo que, em se tratando de uma omissão, haveria uma multiplicidade de medidas de proteção omitidas.

Ainda de acordo com o pensamento de Canaris, com o escopo de aferir a eventual insuficiência da proteção, é mister averiguar se esta é eficaz e apropriada, se ela satisfaz as exigências mínimas na sua eficiência, acrescentando que a eficácia da proteção integra o próprio dever de proteção, pois que não faria sentido a existência de um dever de proteção por meio de medidas ineficazes<sup>93</sup>.

É imperioso observar, entretanto, que não se poder exigir o mesmo ônus argumentativo em muito se afasta da não exigência de ônus argumentativo algum, sobretudo quando se está a tratar de escolha, por parte do juiz, de medida cautelar em processo penal, desde a mais branda até a mais restritiva, a prisão. Não se

---

<sup>92</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 124.

<sup>93</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 67.



admite, pois, que, diante da ausência de determinação de quaisquer medidas, o magistrado se omite em justificar a falta de proteção.

É que, se necessariamente deve ser fundamentada a medida de intervenção, mediante a demonstração da sua idoneidade, necessidade e proporcionalidade, a ausência de sua determinação, ou a sua determinação de forma branda, por outro lado, há de ser, mediante esforço argumentativo adequado, justificada, por meio da demonstração de que tal escolha não implica em proteção insuficiente ao direito fundamental que se pretende proteger.

No caso em estudo no presente trabalho, de um lado estará o direito fundamental a ser protegido, a segurança pública, contrapondo-se ao direito que sofrerá a restrição a partir de medida interventiva determinada pelo juiz, consoante se trate de processo penal brasileiro ou português, medida cautelar ou de coação, precisamente o direito fundamental à liberdade.

Conforme já dissemos noutra oportunidade, há o claro dever de o Estado organizar o seu arcabouço normativo no sentido de garantir a plena proteção aos direitos fundamentais dos particulares, tais como enunciados na Constituição<sup>94</sup>.

Dessa maneira, os deveres de proteção, ainda que vinculem todos os poderes do Estado, devem ser enunciados através de leis, reservando-se, ao Poder Judiciário, portanto, um espaço subsidiário de aplicação.

Quando há, contudo, a violação ao princípio da proibição da insuficiência, não atingindo, o Estado, um padrão mínimo de garantia, ainda que haja condições de proporcionar, torna-se possível deduzir uma pretensão em juízo, posto que se estará diante de uma inconstitucionalidade por omissão.

Nesse sentido, alerta Claus-Wilhelm Canaris, não se trata de uma problemática apenas relativa a uma omissão do legislador, mas também no que se refere à jurisprudência, sendo certo que a realização de imperativos de tutela de direitos fundamentais, mediante a interpretação e o desenvolvimento integrador do direito constitui também uma das tarefas legítimas dos órgãos jurisdicionais<sup>95</sup>.

Acrescenta, ainda, Claus-Wilhelm Canaris, que a realização da função do imperativo de tutela, em regra, é possível com os meios do direito ordinário e que

---

<sup>94</sup> MACÊDO, Fabrício Meira. **O princípio da proibição da insuficiência no Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <[http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/09/2014\\_09\\_07029\\_07072.pdf](http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/09/2014_09_07029_07072.pdf)>. Acesso em: 03 de mai. de 2016.

<sup>95</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 124/125.

este, por sua vez, não é integralmente pré-determinado na constituição, na medida em que tem como objeto a proteção aos direitos fundamentais, ficando, pois, aberto ao legislador um amplo espaço de livre conformação.

Assim é que se mostra forçoso reconhecer a ampla margem de conformação à disposição do legislador, que deve, em vista do princípio da proporcionalidade e, considerando a necessidade de realização dos direitos fundamentais enunciados na constituição, optar pelas medidas legislativas adequadas, tudo numa seara de amplo debate político.

Em conformidade com o pensamento de Jorge Reis Novais, ainda que estejam em causa valores como a vida, a integridade física e a segurança pessoal, que demandam uma proteção mais premente por parte do Estado, a escolha sobre a melhor forma de proteção também não é obtida com neutralidade, nem tampouco independentemente da concepção que se adote sobre as relações sociais, compreensões apriorísticas disputadas na seara das controvérsias políticas e eleitorais democráticas. Assim, o Poder Judiciário, ainda que possua o dever de controlar a observância do dever estatal de proteção, não pode ser reputado como sendo a instância mais adequada, em Estado de direito Democrático, para a referida discussão<sup>96</sup>.

Tais observações, contudo, como acima já referimos, dizem respeito à atuação do Poder Judiciário diante da omissão legislativa acerca da matéria, posto que, neste caso, o órgão jurisdicional deverá manter uma atuação mais contida, sob pena de invadir a margem de conformação do legislador ordinário.

Situação distinta é a de análise, pelo juiz, dos casos concretos que lhe são submetidos diariamente, à luz do ordenamento jurídico infraconstitucional, ou seja, quando já cumprido o papel de eficiente proteção dos direitos fundamentais enunciados na Constituição, mediante a edição de atos normativos.

Enquanto estamos a tratar de proteção através de medidas cautelares, restará evidenciado, no capítulo 4, que tanto o ordenamento jurídico brasileiro, quanto o português, encontram-se estruturados e munidos de instrumentos adequados à proteção do bem segurança pública, desde que as medidas legalmente previstas sejam bem manejadas pelos juízes.

---

<sup>96</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. 1ª edição. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 277.

Ademais, neste caso, não haverá necessidade de contenção da atuação do magistrado, pois que estará a desempenhar o seu papel típico e constitucional, ponderando os bens jufundamentalmente protegidos, sob a ótica da proporcionalidade, para aplicar a medida adequada ao caso concreto.

Em que pese a previsão legislativa de cada uma das medidas cautelares ou de coação no processo penal, bem como as hipóteses de cabimento de cada uma delas, pressupostos normativos e fáticos, sobretudo porque os conflitos a serem solucionados pelo direito jamais serão resolvidos como uma equação matemática, sempre haverá uma margem de conformação em que o juiz atuará.

E, estando a atuação do juiz, consoante já mencionado anteriormente, adstrita ao princípio da proporcionalidade, também nesta margem de conformação deixada pelo legislador para a escolha da medida adequada, deverá se afastar de eventual excesso, restrição demasiada e injustificada ao direito de liberdade do acusado, assim como evitar a proteção insuficiente, de modo a vulnerar a segurança pública.

As premissas teóricas para a análise de excesso em eventual medida cautelar determinada pelo juiz no curso do processo penal já foram tratadas no item 3.1 e são de mais fácil assimilação.

Contudo, cumpre indagar como proceder ao controle da vedação da insuficiência diante de eventual omissão do juiz ou determinação de medida cautelar reputada fraca, diante das exigências do caso concreto?

Aponta, Jorge Silva Sampaio, como primeiro critério ao qual se pode recorrer para a verificação da existência de uma violação ao princípio da proibição da insuficiência, o princípio da dignidade da pessoa humana, acrescentando que, ademais, como reforço, pode ser chamado o princípio da intangibilidade do conteúdo essencial dos direitos<sup>97</sup>.

Reconhece, contudo, que em áreas de grande discricionariedade, o que se encaixa também ao caso ora estudado, de grande variabilidade de medidas cautelares possíveis de aplicação, nem mesmo o princípio da dignidade da pessoa humana trará, em todos os casos, um critério inequívoco para a aferição que se propõe a fazer, haja vista a sua indeterminação e uma certa relatividade.

---

<sup>97</sup> SAMPAIO, Jorge Silva. **O dever de proteção policial de direitos, liberdades e garantias**. 1ª edição. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 153 e ss.

Defende, a seguir, que será diante de cada caso concreto que se poderá avaliar a existência de uma possível violação do princípio da proibição da insuficiência, observando, ainda – considerando que na maioria dos casos há colisão entre princípios – que a única solução seria recorrer ao mecanismo da ponderação de bens no caso concreto, sendo tal ponderação auxiliada pelo princípio de dignidade da pessoa humana e pela garantia do conteúdo essencial dos direitos.

Conforme acima já ressaltado, com base no pensamento de Claus-Wilhelm Canaris, uma transposição, sem modificações, do estrito princípio da proporcionalidade, como foi desenvolvido no contexto da proibição de excesso, para a proibição da insuficiência, não seria aceitável<sup>98</sup>.

Contudo, os subprincípios da proporcionalidade, em sua face de vedação do excesso, podem ser importantes instrumentos no controle da proibição da insuficiência, aliados a outros critérios.

Jorge Silva Sampaio sustenta, nessa linha de pensamento, que o princípio da proibição da insuficiência não se confunde com o princípio da proibição do excesso, vez que possui, em relação a este, suficiência dogmática. Contudo, defende a utilização dos seus vetores, com as imprescindíveis adaptações, e tão somente nos casos em que se mostre possível, como ajuda para a utilização na metodologia de ponderação de bens, com o escopo de objetivação e redução dos riscos que marcam esta metodologia, possibilitando a demonstração, mesmo nos casos difíceis, se existe ou não violação da proibição da insuficiência<sup>99</sup>.

Desse modo, quando não for possível, de pronto, identificar, diante do caso concreto, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, ou ainda diante deste aliado ao critério da garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais, se há violação ao princípio da proibição da insuficiência, faz-se mister exercer a ponderação dos bens em conflito, inclusive, se necessário, mediante a utilização dos subprincípios da vedação do excesso, com as suas adaptações, para se chegar a uma resposta correta.

Assim, após o estudo das medidas cautelares, no processo penal brasileiro, e as medidas de coação, no processo penal português, o que se fará no capítulo subsequente, procurará o trabalho apontar como poderá se dar a aplicação prática

---

<sup>98</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 67.

<sup>99</sup> SAMPAIO, Jorge Silva. **O dever de proteção policial de direitos, liberdades e garantias**. 1ª edição. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 155.

do princípio da proporcionalidade, dentro da mencionada margem de conformação do juiz, bem como a forma através da qual este deverá exercer o seu ônus argumentativo, de modo a prestigiar o princípio da motivação das decisões judiciais, através de uma argumentação jurídica consistente.

Tais ponderações são indispensáveis quando se pretende possibilitar a adoção de medidas efetivamente constitucionais, motivadamente transparentes, de modo permitir a controlabilidade intersubjetiva das decisões judiciais que restringem cautelarmente a liberdade dos indivíduos, ou ainda aquelas que deixam de fazê-lo, evitando, assim, o arbítrio judicial apto a ensejar intervenções indevidas ou omissões que possam vulnerar a segurança pública.

## **4 PRISÃO E MEDIDAS CAUTELARES EM PROCESSO PENAL**

### **4.1 Medidas cautelares no Brasil**

#### **4.1.1 Escorço histórico**

O Direito Processual Penal Brasileiro sofreu profundas alterações, sobretudo no que se refere às medidas cautelares pessoais, com a vigência da Lei 12.403 de 04 de maio de 2011, que modificou o capítulo I, do título IX, do Código de Processo Penal brasileiro, passando a prever dispositivos gerais aplicáveis a todas as medidas cautelares, dentre elas a liberdade provisória, além das demais medidas cautelares diversas da prisão.

Tais alterações possibilitaram a maior adequação do processo penal ao regime constitucional vigente no Brasil, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, sendo imperioso observar que ainda se encontra em vigor, no país, não obstante as sucessivas alterações, o Código de Processo Penal de 03 de outubro de 1941, muito anterior, portanto, à Constituição.

Assim é que se mostram indispensáveis algumas considerações acerca do regime anterior às modificações impressas pela Lei 12.403 de 04 de maio de 2011, a fim de demonstrar como o legislador ordinário contribuiu sobremaneira para adequar o processo penal à realidade constitucional, mormente o princípio da proporcionalidade.

Os instrumentos adequados foram, dessa maneira, disponibilizados pelo legislador ordinário, o que por si só não garante a plena observância do princípio da proporcionalidade no curso do processo penal, sendo indispensável a correta análise da proporcionalidade nos casos concretos, pelos juízes, posto que a esses incumbe decidir se é necessária a aplicação de medida cautelar, bem como, reputando-se necessária, qual a medida cautelar apropriada, verificações essas que se encontram no cerne deste trabalho.

Anteriormente à vigência da referida lei, o juiz sequer possuía os instrumentos adequados a conduzir o processo penal de modo a garantir a mínima intervenção na liberdade do acusado, tutelando, contudo, adequadamente a segurança pública, consoante mandamento constitucional, exceto quando se tratava de violência doméstica e familiar contra a mulher, posto que, neste caso, a Lei 11.340 de 11 de

agosto de 2006 já disciplinava algumas medidas, tais como suspensão da posse ou restrição do porte de armas, afastamento do lar, proibição de determinadas condutas, dentre elas a aproximação da vítima.

O sistema anteriormente vigente, contudo, era dicotômico e bipolar, mediante a previsão de basicamente duas situações: ou o acusado se encontrava no gozo total da sua liberdade, havendo, contudo, vinculações superficiais ao processo durante a chamada liberdade provisória, ou se encontrava preso, privado, portanto, integralmente da sua liberdade.

Não havia, pois, a possibilidade de restrição parcial à liberdade, mediante a proibição de frequentar determinados lugares, ou de manter contato com determinadas pessoas, nem tampouco a suspensão de direitos, obrigatoriedade de recolhimento domiciliar noturno ou mesmo suspensão de atividade pública ou econômica.

Assim, em muitos casos, a liberdade total do acusado apresentava um certo grau de comprometimento da ordem pública. Por outro lado, em não raras oportunidades, a sua prisão se revestia de algum excesso, sendo decretada, entretanto, na falta de previsão legal de uma medida cautelar mais branda, adequada ao caso concreto.

A situação, portanto, era a de que o acusado, em alguns casos, mantinha integralmente a sua liberdade durante o processo, em outros, ao revés, permanecia dela totalmente privado.

Ou se encontrava cautelarmente preso, integralmente privado da sua liberdade, ou em liberdade provisória, com vinculações tênues ao processo, como a fiança e obrigação de comparecimento a todos os atos, o que não possuía o condão de evitar a prática de novos delitos, ou mesmo no gozo integral da sua liberdade.

Consoante observado por Andrey Borges de Mendonça, com exceção da liberdade provisória, não havia a previsão de medidas intermediárias que pudessem ser adaptadas aos casos em que a prisão se mostrava excessivamente restritiva, mas, contudo, a liberdade total seria desaconselhável, por se constituir em comprometimento da ordem pública<sup>100</sup>.

Assim, consoante sobredito, esta dicotomia era ineficaz a garantir a intervenção mínima no direito de liberdade do acusado, razão pela qual, muitas

---

<sup>100</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 26.

vezes, com o escopo de acautelamento da ordem pública, prisões excessivas e desproporcionais eram determinadas. Em outros casos, a liberdade total ensejadora de comprometimento da ordem pública era mantida com o objetivo de evitar uma prisão que poderia ser excessiva.

Conforme pensamento de Eugenio Pacelli de Oliveira, a nova legislação trouxe relevantes alterações no trato das prisões e da liberdade provisória, cuidando de inserir inúmeras alternativas ao cárcere. Acrescenta que, agora, assumiu-se a natureza cautelar de toda prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, bem como ampliou-se o leque de alternativas para a proteção da regular tramitação do processo penal, mediante a instituição de diversas modalidades de medidas cautelares<sup>101</sup>.

Ainda segundo Eugenio Pacelli de Oliveira, o sistema prisional do Código de Processo Penal de 1941, em sua primitiva redação, foi elaborado e construído a partir de um juízo de antecipação de culpabilidade, na medida em que a fundamentação da prisão referia-se apenas à lei e não a uma razão cautelar específica.

Sob a égide do sistema anterior, quando havia uma prisão em flagrante, o juiz, ao tomar conhecimento, apenas apreciava os seus requisitos formais, não analisando a efetiva necessidade da sua manutenção, a partir dos requisitos da prisão cautelar.

A excepcionalidade, na verdade, era a liberdade, tanto que, como herança do sistema anterior, ainda admitimos a expressão “liberdade provisória”, como se a liberdade não fosse, na verdade, a regra.

Forçoso observar, toda prisão, sobretudo nos países que não admitem penas de caráter perpétuo, é provisória, tanto as cautelares, quanto aquelas que decorrem de condenações com trânsito em julgado, ou seja, condenações definitivas.

A liberdade, ao revés, é definitiva, podendo sofrer restrição cautelar ou para cumprimento de pena, ambas as intervenções, contudo, provisórias, razão pela qual a crítica à denominação do instituto se justifica.

Antes de alteração impressa pela Lei 11.719, de 23 de junho de 2008, o artigo 594 do Código de Processo Penal brasileiro exigia a prisão do acusado, ou que este prestasse fiança, para que pudesse apelar de decisão condenatória proferida pelo

---

<sup>101</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 15ª ed. atualizada de acordo com a Lei 12.403 de 04 de maio de 2011. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 493.



juiz de primeiro grau, o que demonstra claramente a antecipação da culpabilidade. Não obstante, incumbe ressaltar que, mesmo na pendência da referida alteração legislativa, por construção pretoriana, tudo em observância ao princípio da presunção da não culpabilidade, pelo qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, passou-se a reputar inexigível tal obrigação, por não se poder restringir a liberdade imotivadamente.

É que o sistema constitucional vigente apenas admite, ressalvadas as hipóteses de transgressões militares ou crimes militares, prisão em flagrante ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, consoante redação do inciso LXI do artigo 5º da Constituição Federal Brasileira.

Dessa maneira, com base no princípio da não culpabilidade, garantiu, a Constituição, aos acusados em geral, assim como aos investigados, um princípio afirmativo de situação de inocência, que apenas sucumbe diante de uma sentença com trânsito em julgado<sup>102</sup>.

Exigiu, ainda, a Constituição brasileira, excepcionando os casos de prisão em flagrante, ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária, a fim de possibilitar a prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

É bem verdade que, consoante já vimos no item 2.5, o direito à fundamentação das decisões judiciais é um autêntico direito fundamental. Dessa maneira, seria aparentemente despicienda a exigência inserta no inciso LXI, artigo 5º, da Constituição brasileira.

Não obstante o aparente exagero do Constituinte originário em exigir ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente para possibilitar a prisão, quando também exige que toda decisão judicial seja fundamentada, determinação inserta no inciso IX do artigo 93, tal dispositivo tem por escopo não permitir dúvidas sobre os tipos de prisões cabíveis no País, evitando, assim, ressalvadas as exceções já mencionadas, qualquer interpretação no sentido de serem admitidas prisões administrativas.

Assim, as prisões que não decorrem de condenações definitivas, nem tampouco de transgressões militares ou crimes militares próprios, podem ocorrer em virtude de flagrante ou através de ordem escrita e fundamentada da autoridade

---

<sup>102</sup> Recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal passou a admitir a possibilidade de cumprimento de pena após a confirmação da sentença condenatória por órgão do segundo grau de jurisdição, não mais se exigindo o trânsito em julgado da condenação (Habeas Corpus n. 126292 – SP, Tribunal Pleno do STF, Rel. Teori Zavascki. j. 02/09/2016. DJE nº 195, divulgado em 12/09/2016).

judiciária competente, fazendo-se necessário observar que a prisão em flagrante deverá ser apreciada pelo juiz competente, à luz dos requisitos da prisão preventiva, conforme se verá no item 4.1.3.2.

Desse modo, não apenas as prisões, mas antes toda e qualquer restrição à liberdade dos acusados ou investigados deve ser fundamentada, no novo sistema, na efetiva necessidade, consoante se verá mais adiante.

Assim, trataremos no próximo tópico dos aspectos gerais das medidas cautelares, passando, em seguida, nos tópicos seguintes, a abordar as medidas cautelares em espécie, iniciando pelas prisões cautelares.

#### 4.1.2 Aspectos gerais

Consoante se sabe, o processo é uma sequência de atos praticados pelas partes e pelos órgãos jurisdicionais, necessários à produção de um resultado, que é a concretização do direito, ou a realização do direito no caso concreto.

Considerando a sua complexidade, tendo em vista que se compõe de mais de um ato, é forçoso reconhecer que este não é instantâneo, protraindo-se, pois, ao longo do tempo.

Quando se está a tratar de processo penal, este possui o escopo de solucionar a lide ou conflito que surge entre o *jus puniendi* do Estado e o *status libertatis* do réu e se desenvolve, evidentemente, em uma sequência concatenada de atos processuais, mediante a plena observância dos princípios do contraditório e ampla defesa, culminando com a decisão que soluciona o conflito, mediante a aplicação da norma legal ao caso concreto.

Durante o referido período, assim como durante a fase pré-processual, ou seja, no curso das investigações, que possuem como escopo reunir provas da materialidade da prática do delito e indícios suficientes da autoria que subsidiarão o titular da ação penal, é possível que a liberdade do acusado ou investigado enseje a ocorrência de alterações fáticas aptas a comprometer o resultado final do processo, bem como interesses relevantes à sociedade, mediante a destruição de fontes de provas, intimidação de testemunhas, fuga do acusado ou mesmo reiteração da prática criminosa.

Por tal razão, foram estabelecidas medidas pelo legislador, de modo a preservar o resultado útil do processo de conhecimento, garantindo-se, ainda, a execução de eventual condenação.

Tais medidas, que garantem a utilidade do processo de conhecimento, assim como a futura execução da condenação, mediatamente servem à ordem pública, sobretudo porque o processo penal em si possui essa dentre as suas finalidades.

Não obstante, as medidas cautelares são aplicadas no curso do processo também com o escopo de acautelar diretamente a ordem pública, haja vista a possibilidade de reiteração criminosa que pode acarretar a liberdade do acusado.

Consoante observa Andrey Borges de Mendonça, quando o legislador estabeleceu as medidas cautelares no processo penal, o fez para a proteção de bens jurídicos relevantes, seja tutelando interesses intraprocessuais, cuidando, portanto, da utilidade do processo, seja tutelando interesses extra ou metaprocessuais, resguardando, aí bens relevantes da sociedade<sup>103</sup>.

As medidas cautelares possuem, como características, a instrumentalidade, a acessoriedade, a provisoriedade, a sumariedade, a homogeneidade e a variabilidade.

Diz-se que são instrumentais tendo em vista que visam a assegurar o cumprimento de medidas definitivas, tutelando, dessa maneira, outros bens jurídicos distintos daqueles que são tutelados pelo processo principal, que se desenvolve, como dito anteriormente, com o escopo de solucionar o conflito que surge entre o direito à liberdade do acusado e o direito de punir do Estado.

O que se pretende, portanto, com uma medida cautelar no curso do processo é precisamente, mediante restrição à liberdade do acusado, possibilitar a eficaz coleta de prova, evitar a prática de novos delitos no curso do processo ou mesmo evitar a fuga do acusado, de modo que seja garantida a aplicação da pena, em caso de condenação.

Possuem, as medidas cautelares, caráter acessório, pois que, não obstante sejam deferidas incidentalmente, no curso de investigações ou processo judicial, tutelam sempre um processo de conhecimento, de execução ou mesmo as

---

<sup>103</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 24.

investigações, que, por sua vez, também servem ao processo de conhecimento, não subsistindo, portanto, de forma autônoma.

Quando se fala em homogeneidade das medidas cautelares, significa que elas não podem ser mais gravosas que o provimento final a ser aplicado. Ou seja, a mercê de garantir um processo de conhecimento ou mesmo a execução da sentença condenatória, não se pode impor uma medida cautelar mais restritiva que a própria pena que virá a ser aplicada, o que, indiscutivelmente, demanda uma análise de proporcionalidade, dentre as medidas cautelares, cuja utilização se mostra possível, e a pena abstratamente cominada ao delito em apuração.

Devido à homogeneidade, não se admite, pois, a imposição de medida cautelar corporal a quem é acusado da prática de delito ao qual a lei sequer comina pena privativa de liberdade, vedação esta inserta no §1º do artigo 283 do Código de Processo Penal brasileiro.

Também devido à mesma característica, que serve ao princípio da proporcionalidade, o legislador exige certos pressupostos normativos, como pena máxima cominada superior a quatro anos, para possibilitar a aplicação da medida cautelar mais restritiva, a prisão preventiva, que mais adiante se estudará em minúcias.

Tendo em vista a variabilidade, tem-se que a medida cautelar pode ser alterada ou mesmo revogada, caso haja modificação na situação fática que a ensejou, tudo também em homenagem ao princípio da proporcionalidade, mormente aos subprincípios da adequação e necessidade.

Não se pode, contudo, impor medida cautelar, restringindo, portanto, a liberdade daquele que se vê apontado como autor do delito, sem o preenchimento de alguns requisitos ou pressupostos.

Quando se está falar de medidas cautelares em processo civil, o primeiro dos seus requisitos é, precisamente, o *fumus boni iures*, que diz respeito à aparência do direito invocado, à plausibilidade do direito.

No processo penal, no entanto, tal requisito é mais específico, adaptado à finalidade e razão de ser do processo, que visa, consoante mencionado em mais de uma oportunidade, a dirimir o conflito existente entre o direito de punir do Estado e o direito à liberdade do investigado ou acusado. Assim, no processo penal, o *fumus boni iures* dá lugar ao *fumus commissi delicti*, ou aparência de cometimento do delito.

Exigem-se, portanto, indícios suficientes do cometimento do delito por parte do acusado.

Trata-se, assim, de exame que se faz a partir de uma cognição perfunctória, superficial, indicativa de um juízo de probabilidade acerca do cometimento do crime por parte do acusado, não se podendo exigir um juízo de certeza, de cognição exauriente, pois que, para este, é necessário avançar no tempo a fim de, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, produzir provas.

Consoante refere Andrey Borges de Mendonça, para que exista uma suspeita razoável, devem existir fatos ou informações que poderiam satisfazer um observador imparcial, no sentido de que a pessoa afetada pela medida possa ter cometido o delito<sup>104</sup>.

Indispensável alertar que indícios da autoria do crime indicam a probabilidade do cometimento do delito pela pessoa apontada e não a mera possibilidade de que seja o autor do crime.

Assim, forçoso distinguir aquilo que é possível do que é provável, não devendo, o juiz, nesta fase de cognição superficial, se satisfazer com a mera possibilidade de cometimento do delito por aquele que sofrerá a medida restritiva em sua liberdade, mas antes com a probabilidade.

Para que seja possível afirmar que determinada pessoa é autora de um delito, basta que, no momento da análise, não exista nenhuma demonstração de que aquela pessoa não poderia ter cometido um delito, ou seja, todos aqueles que não possuíssem algum álibi, para o juiz, possivelmente teriam cometido o crime.

Situação distinta é a da probabilidade, quando, os elementos indiciários colhidos convergem para apontar o investigado como autor do crime, seja porque possuía inimizade anterior com a vítima, seja porque foi visto com esta nos instantes que precederam a sua morte, seja porque se verificou, através de recurso tecnológico, como análise de estações de rádio base de telefonia móvel, que vítima e acusado se encontravam no mesmo local no momento do crime. Trata-se do conhecimento de um determinado fato que leva à conclusão da probabilidade do cometimento do ilícito.

---

<sup>104</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 30.

Assim, apontando os indícios no sentido de ser, determinada pessoa, autora do crime, pode haver confirmação, ou não, da autoria no curso da instrução do processo, tudo sob o crivo do contraditório.

O segundo requisito referente às medidas cautelares em geral é o *periculum in mora*, o perigo de que o tempo de espera até o provimento final possibilite modificações de ordem fática, aptas a prejudicar a própria utilidade do processo.

Quando se está a tratar de medidas cautelares em processo penal, entretantes, o *periculum in mora* dá lugar ao *periculum libertatis*. Importa indagar, portanto, na análise do segundo requisito, qual o perigo que pode acarretar a liberdade do acusado.

Conforme pensamento de Andrey Borges de Mendonça, a resposta à referida indagação, por sua vez, ajudará a vislumbrar a medida cautelar adequada ao caso concreto<sup>105</sup>.

É que, após a identificação do perigo acarretado pela liberdade do acusado, poderá o magistrado, de pronto, vislumbrar a medida adequada ao caso concreto, precisamente aquela apta a neutralizar o risco iminente, seja ele de influência indevida sobre a investigação ou instrução processual, seja de fuga ou mesmo de reiteração criminosa.

Ainda segundo Andrey Borges de Mendonça, o *periculum libertatis* deve estar identificado em qualquer medida cautelar, seja privativa de liberdade, seja restritiva de direitos, pois que, caso não se verifique, se estará diante de uma verdadeira antecipação de pena, o que não se pode admitir à luz da Constituição, tendo em vista o princípio da presunção de inocência ou princípio da não culpabilidade.

Dessa forma, consoante dispõe o inciso I do artigo 282 do Código de Processo Penal brasileiro, as medidas cautelares devem ser aplicadas observando-se a sua necessidade para a aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal, e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais.

Justifica-se, assim, a imposição de medida cautelar para garantir que o suspeito ou acusado cumpra efetivamente a pena, em caso de condenação, assim como para evitar que, no gozo da sua liberdade irrestrita, possa interferir na coleta de provas, a ponto de influir, de forma indevida, no resultado do processo, ou

---

<sup>105</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 30.

mesmo que, encontrando-se em liberdade, pratique novos delitos, pondo em risco a ordem ou segurança pública.

Consoante defende Guilherme de Souza Nucci, há dois requisitos genéricos para as medidas cautelares, precisamente a necessariedade, ou necessidade, e adequabilidade, ou adequação, sendo ambos cumulativos, ou seja, devem estar presentes para autorizar a imposição das medidas cautelares<sup>106</sup>.

O primeiro requisito, ainda segundo Nucci, subdivide-se em três, sendo o primeiro a necessidade para aplicação da lei penal, o segundo a necessidade para a investigação ou instrução criminal e, o terceiro e último, para evitar a prática de infrações penais, bastando, contudo, que qualquer deles esteja presente a fim de se verificar a necessidade de aplicação de medida cautelar.

Com relação à adequabilidade, decorre do inciso II do artigo 282 do Código de Processo Penal, pelo qual deve ser observada a adequação da medida à gravidade do crime, circunstância do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

O segundo requisito genérico, por sua vez, a adequabilidade, divide-se igualmente em três: a gravidade do crime, as circunstâncias do fato e as condições pessoais do acusado ou indiciado<sup>107</sup>.

A gravidade do crime deve ser aferida em concreto, não bastando a mera referência a um crime abstratamente grave, mas antes a gravidade representada efetivamente pelo fato.

Assim, não obstante o crime de homicídio seja, por sua própria natureza, grave, há que se verificar a forma como foi praticado, a fim de se aplicar a medida cautelar adequada ao caso concreto.

Caso se entendesse que a mera tipificação fosse suficiente para a constatação de gravidade do delito, a todo acusado do crime de homicídio deveria ser aplicada a prisão preventiva. Tanto o Supremo Tribunal Federal<sup>108</sup> quanto o

---

<sup>106</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 12ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 565.

<sup>107</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 12ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pág. 566.

<sup>108</sup> Súmula n.º 718 do STF: A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

Superior Tribunal de Justiça<sup>109</sup> têm súmulas que afastam a mera gravidade abstrata do delito para fixação do regime inicial de pena, o que demonstra que a gravidade abstrata não basta ao juiz para a tomada de decisões concretas no processo.

Com relação às circunstâncias do fato, essas se relacionam, conforme entendimento de Guilherme de Souza Nucci, à tipicidade derivada, fazendo-se mister reconhecer que um crime de roubo na sua forma simples é menos grave que um delito de roubo qualificado, pelo emprego de arma de fogo, por exemplo, ou mesmo pelo resultado morte, decorrente da violência empregada na subtração da coisa alheia móvel<sup>110</sup>.

Dessa maneira, são precisamente as circunstâncias do cometimento do delito que devem ser aferidas a fim de estribar a tomada de decisão pelo juiz sobre qual medida cautelar aplicar.

A última subdivisão do segundo requisito genérico, requisito da adequabilidade ou adequação, diz respeito às condições pessoais do indiciado ou acusado.

Nesse momento, são levadas em consideração informações sobre a pessoa apontada como autora da prática do delito, tais como a reincidência, a existência de antecedentes criminais, a fim de se determinar a medida cautelar adequada, haja vista que, conhecendo o comportamento passado do acusado, é possível antever o seu comportamento futuro e, portanto, a medida cautelar apta a resguardar os interesses intra ou extraprocessuais.

Para Fauzi Hassan Choukr a adequação compreende uma ideia de relação entre a necessidade de decretação da medida e aquela que vier a ser imposta. Consiste, portanto, no equilíbrio da aplicação da medida, dentre todas cabíveis, a que melhor servir à instrumentalização do processo<sup>111</sup>.

Assim, confirmando-se a necessidade de imposição da medida cautelar, seja em virtude da necessidade para a garantia de aplicação da lei penal, por ser necessária à investigação ou instrução criminal ou mesmo para evitar a prática de infrações penais, analisada a gravidade do crime, assim como as suas

---

<sup>109</sup> Súmula n.º 440 do STJ: Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

<sup>110</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 12ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 566.

<sup>111</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 558.



circunstâncias, além das condições pessoais do indiciado ou acusado, determinará, o juiz, a medida cautelar cabível, dentre as legalmente previstas.

As medidas cautelares, dentre elas a prisão preventiva, podem ser impostas de modo autônomo ou ainda em substituição à prisão em flagrante. As medidas cautelares mais brandas, diversas da prisão, inclusive, podem ser determinadas em substituição à prisão preventiva, quando ficar demonstrado que não subsistem os seus requisitos.

Para cada caso concreto não se pode dizer, portanto, que existirá uma e apenas uma medida cautelar adequada, pois que essas podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, desde que se verifique a sua necessidade, encontrando-se a possibilidade de cumulatividade das medidas expressa no §1º do artigo 282 do Código de Processo Penal brasileiro, o que não isenta o juiz, todavia, de buscar aquela ou aquelas que melhor satisfazem as exigências cautelares do caso concreto.

As medidas cautelares podem ser decretadas pelo juiz, de ofício, ou mediante requerimento das partes, no curso do processo, ou mediante representação da autoridade policial ou membro do Ministério Público, no curso das investigações.

Remanesce, ainda, a possibilidade de imposição de medida cautelar, de ofício pelo juiz, no curso das investigações, quando se dá por ocasião da concessão de liberdade provisória, permissivo este constante no inciso III do artigo 310, cumulado com o artigo 321 do Código de Processo Penal brasileiro.

O primeiro prevê a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, quando o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, não vislumbrar os requisitos para a decretação da prisão preventiva, ao passo que, o segundo, que trata de liberdade provisória, possibilita a sua concessão cumulativamente com a imposição das medidas cautelares diversas da prisão.

Assim, o juiz, recebendo o comunicado de prisão em flagrante, entendendo ser desnecessária a prisão preventiva, mas que, todavia, a liberdade total do indiciado possa acarretar algum risco à aplicação da lei penal, às investigações ou mesmo à ordem pública, poderá conceder a liberdade provisória, impondo a medida necessária ao resguardo dos interesses mencionados<sup>112</sup>.

---

<sup>112</sup> O Conselho Nacional de Justiça adotou a Resolução n.º 213 de 15 de dezembro de 2015, determinando a realização de audiências de custódia, por todos os juízes com competência criminal, e não apenas encaminhamento do comunicado da prisão em flagrante ao juiz competente. A partir da

As medidas cautelares não devem ser determinadas quando não for isolada ou cumulativamente cominada a pena de prisão para o crime cometido, consoante redação do §1º do artigo 283 do Código Penal brasileiro. É que não seria razoável impor uma medida cautelar, no curso do processo, mais severa do que viria a ser eventual pena a ser aplicada em caso de condenação.

Tal imposição feriria o princípio da proporcionalidade, por ser excessiva, ainda que a sua impossibilidade não viesse expressa na lei, princípio do qual o juiz não poderá abrir mão durante o exercício da sua função, mormente quando estão envolvidos em conflito valores como a liberdade e a segurança pública.

Quando há pedido de decretação de medida cautelar, seja por qualquer das partes no curso do processo penal, ou formulado por representante do Ministério Público ou autoridade policial durante as investigações, desde que não exista urgência na apreciação do pedido ou perigo de ineficácia da medida, a parte contrária, ou seja, aquele que sofrerá restrição em sua liberdade, no caso de ser deferida a medida requestada, será intimado do pedido.

Não obstante a lei silencie a respeito, tal intimação visa possibilitar o contraditório. Consoante Guilherme de Souza Nucci, como regra, antes de decretar qualquer medida cautelar alternativa à prisão, deve o juiz ouvir a parte contrária, no caso o indiciado ou acusado, precisamente aquele que sofrerá a restrição a ser imposta, sendo que, em casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, não se ouve o indiciado ou réu antes da decretação, nada impedindo, contudo, que se manifeste posteriormente<sup>113</sup>.

Consoante observado por Cláudio do Prado Amaral e Sebastião Sérgio da Silveira, o dispositivo é vago quanto ao procedimento a ser adotado, nada impedindo, contudo, que seja adotada a fórmula utilizada em outros países, no sentido de ser designada uma audiência para a oitiva do acusado ou indiciado, decidindo-se nela sobre a aplicação, ou não, da medida cautelar<sup>114</sup>.

---

referida Resolução, que se estriba no artigo 7º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, deve ser obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.

<sup>113</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 12ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 567.

<sup>114</sup> AMARAL, Cláudio do prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. **Prisão e medidas cautelares no processo penal**: as reformas introduzidas pela Lei n.º 12.403/2011 comentadas artigo por artigo. Leme: J. H. Mizuno, 2012, p. 47.

Importa, todavia, que, a fora as exceções previstas em lei, ou seja, não havendo urgência, nem tampouco risco de ineficácia da medida, possibilite, o juiz, como condutor do processo, o contraditório, seja concedendo prazo para a sua manifestação, seja designando audiência para tanto.

Havendo a imposição de determinada medida cautelar, mas sendo constatado o descumprimento pelo acusado ou indiciado, o juiz, de ofício ou mediante requerimento das partes, poderá substituir a medida, impor outra medida cumulativamente ou ainda, em último caso, decretar a prisão preventiva, conforme redação do §4º do artigo 282 do Código de Processo Penal brasileiro.

Pode, ainda, o juiz, nos termos do §5º do artigo 282 do mesmo Código, revogar a medida cautelar ou substituí-la por outra, caso entenda que inexistem motivos para que subsista, podendo, ainda, novamente decretá-la, se sobrevierem razões que justifiquem a nova decretação.

Tais dispositivos decorrem da variabilidade das medidas cautelares, pela qual, havendo alteração na situação fática que a ensejou, pode ser alterada ou mesmo imposta outra medida cautelar cumulativamente.

É que, no curso do processo ou das investigações, pode haver não apenas a constatação de que a medida escolhida se mostre insuficiente, mas também de que é excessiva, oportunidade em que deverá ser substituída por uma menos restritiva para o acusado ou indiciado, ou mesmo simplesmente levantada ou revogada.

Segundo Cláudio do Prado Amaral e Sebastião Sérgio da Silveira, a substituição não significa necessariamente que a medida cautelar aplicada e descumprida foi insuficiente ou fraca, mas antes que foi inadequada e/ou desnecessária e/ou desproporcional, em sentido estrito, havendo a imperiosidade, por isso, de sua alteração para aplicação de outra mais adequada ou necessária<sup>115</sup>.

Pode ser, ainda, que no momento da determinação da medida cautelar a ser substituída ou reforçada, mediante a imposição de outra, não tenha o juiz vislumbrado o potencial do acusado ou indiciado para a recalcitrância, razão pela qual somente com esta, com a efetiva desobediência, surge a necessidade de reforço ou alteração da medida restritiva.

---

<sup>115</sup> AMARAL, Cláudio do prado; SILVEIRA; Sebastião Sérgio da. **Prisão e medidas cautelares no processo penal**: as reformas introduzidas pela Lei n.º 12.403/2011 comentadas artigo por artigo. Leme: J. H. Mizuno, 2012, p. 48

Não obstante acertada a medida no momento da sua escolha, pode ser necessário alterá-la, com o transcurso do tempo. Assim como no Direito Administrativo, em que, consoante lição de Carla Amado Gomes, mudam-se os tempos, mudam-se os atos administrativos, como decorrência da alteração superveniente dos pressupostos, igualmente no processo penal, havendo alteração na situação fática, também devem mudar as medidas cautelares, seja para imposição de outras mais brandas, seja para a imposição de medidas mais severas ou restritivas<sup>116</sup>.

Consoante entendimento de Fauzi Hassan Choukr, o descumprimento da medida pode ser o campo de melhor atuação do contraditório prévio, não obstante a redação do §3º do artigo 282 leve a crer que somente haverá contraditório na determinação inicial de medida cautelar, e não na sua substituição<sup>117</sup>.

A adoção de tal prática, a oitiva do acusado antes da decretação de outra medida cautelar mais severa, em razão do descumprimento, se mostra de extrema utilidade, haja vista que pode ter havido o descumprimento involuntário das restrições impostas pelo juiz, em virtude de caso fortuito ou força maior, não obstante, nesses casos, nada impeça que o acusado apresente as suas escusas espontaneamente, independentemente, portanto, de intimação do juízo para tanto.

Verifica-se, ainda, que tanto o §4º, que possibilita a decretação da prisão preventiva somente em último caso, quanto o §6º, ambos do artigo 282 do Código de Processo Penal, que prevê a determinação de prisão preventiva apenas quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, que a prisão preventiva é mesmo o último recurso à disposição do magistrado para a proteção dos interesses intra ou metaprocessuais, sendo, efetivamente, um recurso excepcional.

Todavia, a prisão preventiva será melhor estudada no tópico a seguir.

#### 4.1.3 Prisões cautelares

##### 4.1.3.1 *Prisões cautelares em geral*

---

<sup>116</sup> GOMES, Carla Amado. **Mudam-se os tempos, mudam-se os actos administrativos**: contributo para a construção de um regime de modificação do acto por alteração superveniente dos pressupostos, in: Textos dispersos de direito administrativo. –Lisboa, 2013, p. 131 e ss.

<sup>117</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal**: comentários consolidados e crítica jurisprudencial, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 558.

Prisão, em sentido amplo, é a privação da liberdade do indivíduo, que perde o seu direito de ir e vir, através da sua segregação da sociedade e consequente recolhimento ao cárcere.

Quando decorrente de uma condenação definitiva, regula-se pelo Código Penal e Lei das Execuções Penais, com o estabelecimento da forma de cumprimento, regimes prisionais, progressões e regressões de regime, sanções disciplinares, tipos de estabelecimentos prisionais, dentre outras normas.

Possuindo natureza cautelar, contudo, podendo ser decretada desde a fase pré-processual até o trânsito em julgado da condenação, é regida pelo Código de Processo Penal, e legislação processual esparsa, sendo considerada uma prisão processual, que visa a tutelar interesses intra e extraprocessuais, como já referido no tópico anterior.

Consoante Guilherme de Souza Nucci, há seis espécies de prisão processual cautelar, a saber: prisão temporária; prisão em flagrante; prisão preventiva; prisão em decorrência de pronúncia; prisão em decorrência de sentença condenatória recorrível e, por fim, condução coercitiva de réu, vítima, testemunha, perito ou de outra pessoa que se recuse, injustificadamente, a comparecer em juízo ou na polícia<sup>118</sup>.

Não se discorrerá acerca da condução coercitiva, mesmo porque se mostra bastante discutível classificá-la como uma verdadeira prisão, haja vista que a privação da liberdade se dá exclusivamente durante o tempo necessário à condução e comparecimento da pessoa à presença da autoridade, seja a policial ou judiciária, e a participação no ato processual ao qual se recusou comparecer.

Quanto às outras cinco espécies mencionadas, apenas a prisão temporária e a prisão em flagrante merecem alguns comentários em especial, dadas as suas peculiaridades.

A prisão temporária, regida por legislação própria, a Lei 7.960 de 21 de dezembro de 1989, somente pode ser decretada no curso do inquérito policial, quando imprescindível às investigações ou quando o indiciado não possuir residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento da sua identidade, desde que existam fundadas razões de autoria ou participação nos crimes de homicídio doloso, sequestro ou cárcere privado, roubo, extorsão, extorsão

---

<sup>118</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 12ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 520.

mediante sequestro, estupro, rapto violento, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte, quadrilha ou bando, genocídio, tráfico de drogas ou crimes contra o sistema financeiro.

Tal modalidade de prisão será decretada pelo juiz pelo prazo de cinco dias, prorrogável por igual período, mediante representação do Ministério Público ou autoridade policial, devendo o juiz ouvir o Ministério Público, no último caso. Sendo o delito hediondo, o prazo será de trinta dias, prorrogável por igual período.

Encerrado o prazo da prisão temporária, não havendo decretação de prisão preventiva, o preso deverá ser imediatamente restituído à liberdade.

Quanto à prisão em flagrante, esta consiste em prisão cautelar, de natureza administrativa, já que para a sua efetivação mostra-se despicienda a expedição de mandado de prisão. Ocorre no instante da ação criminosa ou logo após a sua conclusão, havendo permissão, no Código de Processo Penal, da prisão de quem está cometendo a infração penal, acaba de cometê-la e é perseguido, logo após a prática do crime, em situação que faça presumir ser autor da infração, ou ainda é encontrado, logo depois, com instrumentos armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor do crime.

É facultado à população em geral prender em flagrante o autor do delito, ao passo que, aos agentes da segurança pública, ou seja, aos policiais, a prisão do autor do crime é obrigatória.

Contudo, uma vez efetuada a prisão em flagrante, o autor do crime deve ser apresentado à autoridade policial (o delegado de polícia), que lavrará um auto de prisão em flagrante, comunicando, em vinte e quatro horas, a contar da prisão, ao juiz competente.

Assim, se possibilitará o controle judicial da prisão em flagrante, sendo que, na ausência de comunicação ao juiz competente, no prazo referido, a prisão torna-se ilegal, passível de correção por meio de *habeas corpus*.

Diante do comunicado da prisão em flagrante, o juiz terá três caminhos a seguir: relaxar a prisão, por verificar a sua ilegalidade, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, estando presentes os requisitos desta última, ou conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança, podendo, ainda, impor outra medida cautelar diversa da prisão.

Desse modo, vê-se que o autor do crime pode ser preso em flagrante, contudo somente permanecerá preso se a sua prisão em flagrante for convertida, pelo juiz, em prisão preventiva, diante do preenchimento dos requisitos desta última, que serão analisados no próximo tópico.

Com relação às prisões em decorrência de pronúncia e em virtude de sentença condenatória recorrível, na verdade, são legítimas prisões preventivas, decretadas, contudo, em fases processuais definidas, pois que, após a reforma do Código de Processo Penal pelas Leis 11.689 de 9 de junho 2008 e 12.736 de 30 de novembro de 2012, não mais se mostra possível a decretação da prisão tão somente em virtude da prolação de sentença recorrível ou em decorrência da pronúncia.

Passou o Código a exigir que, em ambos os casos, decida, o juiz, fundamentadamente sobre a imposição ou não de prisão, ou outra medida cautelar, caso se encontre solto o acusado, bem como decida sobre a manutenção da prisão preventiva, concessão de liberdade provisória ou substituição por outra medida cautelar, caso se encontre preso, conforme redação do §1º do artigo 387, §§2º e 3º do artigo 413 e alínea “e”, inciso I, do artigo 492, todos do Código de Processo Penal.

Assim, vê-se que a prisão em flagrante tem duração bastante restrita, devendo ser posto em liberdade, o indiciado, ou convertida a prisão em flagrante em prisão preventiva. As prisões em decorrência de pronúncia ou de sentença condenatória recorrível são efetivamente prisões preventivas, restando, apenas, a prisão temporária, cujas hipóteses de cabimento acabaram, inclusive, sendo praticamente esvaziadas, tendo em vista a nova sistemática da prisão preventiva.

Por tal razão, forçoso admitir que a prisão preventiva é a prisão cautelar por excelência, devendo, portanto, receber a maior atenção deste estudo, sobretudo porque hodiernamente encontra-se estruturada, juntamente com as demais medidas cautelares, de modo a permitir a correta aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal brasileiro.

No próximo item, portanto, trataremos da prisão preventiva, reservando o tópico seguinte às demais medidas cautelares.

#### *4.1.3.2 Prisão preventiva*

Sendo esta a medida cautelar mais grave, ou seja, aquela que causa maior restrição à liberdade do acusado ou indiciado, já que pode ser decretada tanto no curso do processo, quanto durante a fase de investigações, a ela é reservada, na atualidade, pelo legislador, o papel de último recurso na salvaguarda dos interesses intraprocessuais ou metaprocessuais, o que se encontra em consonância com a ordem constitucional vigente, sobretudo diante do conflito que surge entre os interesses jusfundamentalmente protegidos, como a segurança pública e a liberdade do indivíduo.

A prisão preventiva pode ser decretada de forma autônoma ou como medida substitutiva à aplicação de outra medida cautelar, consoante mais adiante se verá. Em todo caso, a imposição de outras medidas cautelares, diversas da prisão, preferirá sempre à decretação da prisão preventiva, haja vista que esta deverá ser utilizada tão somente quando as demais medidas cautelares se mostrarem insuficientes ou ineficazes, sendo, portanto, medida subsidiária.

A subsidiariedade da prisão preventiva, contudo, é recente no Direito Processual Penal Brasileiro, somente passando a ser uma realidade com o advento da Lei 12.403/2011, que, modificando o Código de Processo Penal, alterou a sua sistemática, trazendo novas medidas cautelares diversas da prisão ao processo penal, relegando a prisão preventiva a um papel secundário.

Consoante o pensamento de Eugênio Pacelli de Oliveira, enquanto a prisão em flagrante busca a sua justificativa e fundamentação, em primeiro plano, na proteção ao ofendido e, depois, na garantia da qualidade probatória, a prisão preventiva revela a sua cautelaridade na tutela da persecução penal, visando a impedir que eventuais condutas praticadas pelo alegado autor do crime ou por terceiros possam colocar em risco a efetividade do processo<sup>119</sup>.

Entrementes, a efetividade do processo não é o único bem tutelado pela prisão preventiva, sendo uma das suas grandes vertentes a de resguardar a ordem pública ou econômica, prevenindo a reiteração criminosa, visando, portanto, à garantia da segurança pública como um todo.

A prisão preventiva somente pode ser decretada por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, em virtude do disposto no inciso LXI do artigo 5º da Constituição Federal. Durante as investigações, pode ser

---

<sup>119</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 15ª ed. atualizada de acordo com a Lei 12.403 de 04 de maio de 2011. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 543.



decretada mediante requerimento do Ministério Público, autoridade policial, querelante ou assistente da acusação, conforme redação do artigo 311 do Código de Processo Penal. No curso do processo, contudo, após instaurada a ação penal, com o recebimento da denúncia ou queixa, as partes e o assistente da acusação podem formular requerimento de prisão preventiva, havendo, também, a possibilidade de decretação de ofício pelo juiz.

Segundo Guilherme de Souza Nucci, a previsão de decretação da prisão preventiva como ato de ofício do juiz, sem qualquer provocação de interessado, mostra que o processo penal brasileiro se afasta de sua posição de absoluta imparcialidade, invadindo seara alheia, pertencente ao órgão acusatório, podendo decretar medida cautelar de segregação sem que qualquer das partes envolvidas no processo o tenha requerido, razão pela qual sustenta ser o processo penal pátrio misto, inquisitivo e garantista<sup>120</sup>.

Discordamos do referido pensamento, posto que cabe ao juiz a condução do processo e, não obstante a sua imparcialidade, pela qual se mantém equidistante das partes, a ele, como destinatário da prova, cabe velar pela regular instrução do feito, não podendo abrir mão, portanto, das medidas cautelares necessárias a garantir que a prova seja colhida sem quaisquer influências nefastas, nem tampouco admitir que o provimento final, no caso de condenação, seja inútil diante da impossibilidade de aplicação da pena, devido à fuga do acusado, ou mesmo que a ordem pública seja posta em risco.

Omitindo-se, as partes, na formulação de requerimento de prisão preventiva, diante do preenchimento dos seus requisitos e efetiva necessidade, não deverá, também, omitir-se o juiz, razão pela qual, de ofício, determinará as medidas cautelares necessárias a proteger os interesses intra ou metaprocessuais em risco.

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Eugênio Pacelli de Oliveira, para quem, não obstante deva o juiz se manter afastado da fase investigatória, evitando-se sempre que possível o seu contato com o material probatório, que nesta fase serve tão somente de subsídio ao ajuizamento da ação penal, possuindo como destinatário, portanto, o Ministério Público, após a instauração da ação penal deve dispor de instrumentos necessários à garantia da efetividade do processo, mormente porque o interesse jurídico durante este não é, nem se assemelha, a um interesse

---

<sup>120</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 12ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 552.

de parte, pois que se busca no processo penal a satisfação de um interesse de toda a comunidade jurídica, potencialmente atingido pela infração penal<sup>121</sup>.

Acrescenta, Eugênio Pacelli de Oliveira, que o exercício de tais poderes pelo juiz durante o processo é corolário da sua missão de proteção aos direitos fundamentais, finalidade primeira e última do Estado Democrático de Direito.

Não obstante a possibilidade da atuação de ofício do juiz na decretação da prisão preventiva, não significa dizer que esta será a regra, haja vista também caber às partes requerimento nesse sentido.

Quanto à fase inquisitorial, remanesce, ainda, uma possibilidade de determinação da prisão preventiva de ofício pelo juiz, quando esta se dá em virtude da conversão da prisão em flagrante em preventiva, pois, conforme exigência do artigo 310 do Código de Processo Penal brasileiro, diante do comunicado de prisão em flagrante, o juiz terá três opções: relaxar a prisão; convertê-la em preventiva ou conceder a liberdade provisória ao indiciado, com ou sem fiança.

O dispositivo não exige prévio requerimento de decretação da prisão preventiva do indiciado, seja formulado pelo Ministério Público ou pela autoridade policial, sobretudo devido à imediatidade com que deve o juiz analisar a legalidade da prisão, assim como a necessidade, ou não, de permanência do indigitado no cárcere.

A prisão preventiva pode ser decretada de forma autônoma, no curso do processo ou do inquérito policial, pode ser decretada em decorrência da conversão da prisão em flagrante em preventiva, ou, por fim, em substituição a medida cautelar eventualmente descumprida.

Quando decretada de forma autônoma ou por conversão da prisão em flagrante, a prisão preventiva possui alguns pressupostos normativos, que são expressos no artigo 313 do Código de Processo Penal.

Inicialmente, somente é cabível a prisão preventiva para os crimes dolosos, cuja pena máxima cominada seja superior a quatro anos, salvo se, tratando-se de crime doloso com pena máxima inferior a quatro anos, o acusado ou indiciado já for reincidente em crime doloso.

Assim, não se mostra cabível a prisão preventiva daquele que comete crime culposos, nem tampouco quando não for prevista pena privativa da liberdade para o

---

<sup>121</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 15ª ed. atualizada de acordo com a Lei 12.403 de 04 de maio de 2011. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 558/559.

delito. Também não é cabível a prisão preventiva quando o indiciado ou acusado primário é apontado como autor da prática de delito cuja pena máxima cominada é inferior a quatro anos.

O que o legislador quis, com essas limitações, foi preservar a proporcionalidade entre a medida cautelar aplicada no curso do processo e a pena que será imposta em caso de condenação.

É que prevê, o Código Penal brasileiro, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade, igual ou inferior a quatro anos, por pena ou penas restritivas de direitos, sendo o réu primário, conforme redação do artigo 44, desde que o crime não seja cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, ou ainda, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos.

Ainda que o crime tenha sido praticado mediante grave ameaça ou violência, não obstante a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, será possível a suspensão da pena, nos moldes do artigo 77 do Código Penal.

Assim, sendo a pena cominada ao delito igual ou inferior a quatro anos, considerando não ser o acusado reincidente, ou, em qualquer caso, se o crime for culposos, não caberá a decretação da sua prisão preventiva, seja de forma autônoma, seja por conversão da prisão em flagrante.

Tais pressupostos, foram excepcionados com a Lei 11.340/2006, que alterou a redação do inciso III do artigo 313 do Código de Processo Penal brasileiro, possibilitando a decretação da prisão preventiva quando o crime envolve violência doméstica contra a mulher, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência, que são estabelecidas com o objetivo de preservar a integridade física e psíquica da mulher, como afastamento do agressor do local de convivência com a vítima, suspensão de posse ou restrição do porte de armas, proibição de aproximação da ofendida, dentre outras.

Com as alterações impressas pela Lei 12.403/2011, sobretudo diante da modificação do inciso III do artigo 313 do Código de Processo Penal, passou a ser possível a prisão preventiva não apenas quando o crime envolve violência doméstica e familiar contra a mulher, mas também criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, desde que para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Dessa maneira, como medida autônoma, bem como pela conversão da prisão em flagrante, a prisão preventiva é cabível, inicialmente, para os crimes dolosos apenados com pena de reclusão superior a quatro anos, bem como para os demais crimes dolosos, se reincidente, o acusado ou indiciado, em crime doloso.

Cabível, igualmente, independentemente da pena, quando o escopo seja garantir a execução de medida protetiva de urgência deferida para preservar mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, tendo o crime sido praticado em contexto de violência doméstica ou familiar.

Havendo concurso de crimes, quando a nenhum deles tenha cominado, o legislador, pena superior a quatro anos, desde que, do somatório das penas máximas cominadas aos delitos praticados em concurso resulte pena superior a quatro anos, no caso de concurso material, não obstante o silêncio do legislador, tem sido admitida a prisão preventiva, assim como em caso de concurso formal ou crime continuado, se da aplicação da causa de aumento de pena no percentual máximo resultar pena excedente a quatro anos.

Conforme Andrey Borges de Mendonça, embora exista lacuna, não há dúvida de que devem ser observadas as normas relativas ao concurso de crimes, seja somando-as, no concurso material, ou aplicando a majorante no máximo, no caso de crime continuado ou concurso formal. Assim, se em razão da aplicação das regras do concurso de crimes resultar pena máxima superior a quatro anos, será cabível a prisão preventiva<sup>122</sup>.

Qualquer que seja a pena cominada ao delito, será possível, ainda, a decretação a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único, do artigo 313, do Código de Processo Penal, se houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa, ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la. Neste caso, deve o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, exceto se por outro motivo deva permanecer encarcerado.

Guilherme de Souza Nucci esclarece que, nesta hipótese, a prisão é fator de pressão para a identificação, ressaltando que o direito ao silêncio é ligado ao contexto da imputação e não à identificação do indiciado ou acusado<sup>123</sup>.

---

<sup>122</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 240.

<sup>123</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**. 4ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 101.

Assim, deve o indiciado ou acusado colaborar efetivamente com a sua identificação. Não o fazendo, contudo, deverá ser identificado criminalmente, mediante exame datiloscópico e fotografias.

Por fim, será possível decretar a prisão preventiva em virtude do descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares, conforme redação do §4º do artigo 282, cumulada com o parágrafo único do artigo 313, ambos do Código de Processo Penal.

Neste caso, necessário observar, que o descumprimento à outra medida cautelar não enseja automaticamente a prisão, haja vista ser possível a imposição de outra medida cautelar em cumulação ou mesmo a sua substituição, contudo torna possível a prisão preventiva.

Conforme observa Fauzi Hassan Choukr, o descumprimento de medida imposta é causa de alteração daquela inicialmente determinada ou de cumulação de outra que vier a ser escolhida, dentro dos critérios de necessidade e adequação, restando para última hipótese, a conversão da medida em prisão preventiva<sup>124</sup>.

Optando o magistrado pela prisão, não se exige um patamar mínimo de pena cominada ao delito, nem tampouco que o autor do crime seja reincidente, haja vista ser, no caso, o fundamento da prisão preventiva, o descumprimento de medida cautelar mais branda anteriormente determinada, que se mostrou ineficaz diante da recalcitrância do acusado ou indiciado.

A decretação de prisão preventiva substitutiva de outra medida cautelar, em virtude do descumprimento, pode ser determinada de ofício pelo juiz, ou mediante requerimento do Ministério Público, do seu assistente ou querelante.

Os pressupostos fáticos da prisão preventiva são *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, ou seja a aparência no cometimento do delito e o risco que pode acarretar a liberdade do acusado ou indiciado, aliados à garantia da ordem pública, da ordem econômica, à conveniência da instrução criminal ou ainda com o objetivo de assegurar a aplicação da lei penal.

O *fumus commissi delicti* é integrado pelos indícios suficientes de autoria, que apontem para o autor como aquele que provavelmente praticou o delito, e a prova da materialidade do crime.

---

<sup>124</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal**: comentários consolidados e crítica jurisprudencial, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 566.

Quanto aos indícios suficientes de autoria não há distinção no comparativo com os pressupostos das demais medidas cautelares diversas da prisão<sup>125</sup>.

Contudo, para a formação do *fumus commissi delicti*, com o objetivo de aplicação da prisão preventiva, por ser uma medida cautelar mais restritiva, não se mostram exigíveis apenas indícios suficientes de autoria, mas antes também prova efetiva da materialidade.

Assim, enquanto em relação à autoria do crime, nesta fase de cognição superficial, são exigidos apenas os indícios, que apontem de maneira inequívoca para aquele que sofrerá a restrição imposta pela medida cautelar, com relação à ocorrência do delito, contudo, exige, a legislação, que este se encontre efetivamente provado, seja por meio de exame de corpo de delito, nos crimes que deixam vestígios, ou através de outros meios de prova, no caso dos demais delitos ou mesmo quando desapareceram os vestígios, nos crimes não transeuntes.

Quanto à materialidade, consoante observa Andrey Borges de Mendonça, o legislador se afastou do regime geral das medidas cautelares, de cognição não exauriente, pois exige a certeza para a caracterização do *fumus boni iures*, ou, no caso específico, *fumus commissi delicti*<sup>126</sup>.

Também não deve haver qualquer dúvida sobre o caráter criminoso do fato, sendo indispensável, pois, a análise quanto à tipicidade e antijuridicidade do crime, sem as quais não se deve decretar a prisão preventiva. Igualmente, se o juiz estiver diante de qualquer hipótese de excludente de antijuridicidade, deve se abster de decretar a prisão do autor do fato.

Confirmados os indícios suficientes de autoria e prova da materialidade, que formam o *fumus commissi delicti*, passará o magistrado à verificação do *periculum libertatis*, o perigo que a liberdade do indiciado ou acusado pode acarretar à ordem pública, à ordem econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal.

Assim, existindo risco a qualquer desses interesses a serem protegidos, provocado pela liberdade do acusado, e mostrando-se insuficientes as demais medidas cautelares, é que deverá o juiz decretar a prisão preventiva.

---

<sup>125</sup> Sobre os pressupostos fáticos da prisão preventiva, remetemos o leitor ao item 4.1.2 que trata dos aspectos gerais das medidas cautelares, posto que lá foram analisados, com mais detalhes, os pressupostos fáticos das medidas cautelares em geral, que coincidem com os da prisão preventiva.

<sup>126</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 230.

A expressão ordem pública, adotada pelo legislador como fundamento fático para a decretação da prisão preventiva, dada à sua amplitude, ensejou, ao longo do tempo, interpretações várias, algumas das quais, contudo, afastavam o instituto da prisão preventiva da sua natureza cautelar.

Assim é que, a pretexto de resguardar a ordem pública, em muitos momentos se sustentou a possibilidade de prisão para o resgate da credibilidade da Justiça, em virtude do clamor público, em decorrência da gravidade abstrata do delito ou presunção de periculosidade do réu.

Conforme bem observado por Andrey Borges de Mendonça, hoje, as finalidades de todas as medidas cautelares já estão estabelecidas e delineadas no inciso I do artigo 282 do Código de Processo Penal, razão pela qual a expressão ordem pública, inserta no artigo 312 do mesmo Código, deve ser interpretada como sendo a finalidade de se evitar a prática de novas infrações penais<sup>127</sup>.

Assim, o *periculum libertatis*, deve ser aferido com base na probabilidade da ocorrência de um novo delito. Trata-se, portanto, do prognóstico da prática de atos futuros, analisados a partir da situação atual.

Haja vista se tratar de uma fase de cognição perfunctória, não se exige a certeza ou a prova plena do perigo de dano, sendo imprescindível, contudo, a demonstração concreta dos elementos de convicção que levaram o juiz a decidir pela prisão preventiva do acusado, a pretexto de preservar a ordem pública.

Dessa maneira, não é suficiente recorrer apenas à gravidade do crime em abstrato, ou à pena a ele imposta, a fim de justificar o receio de reiteração criminosa e, portanto, impor a prisão preventiva.

Nesse sentido, bem observa Renato Brasileiro de Lima que, compreendendo-se a garantia da ordem pública como expressão sinônima de periculosidade do agente, não se mostra possível a decretação da prisão preventiva fundada exclusivamente na gravidade do delito em abstrato. Contudo, demonstrada a gravidade concreta do delito, pelo modo de agir, pela condição subjetiva do agente, mostra-se possível a decretação da prisão preventiva, haja vista o risco efetivo à ordem pública<sup>128</sup>.

---

<sup>127</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 262 e ss.

<sup>128</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 4ª ed. rev e ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 939.

A gravidade do crime há de ser, pois, aferida concretamente, a partir do ponto em que, o acusado excedeu a reprovabilidade mínima do delito cometido, seja pela crueldade empregada, seja pela maneira de execução. Enfim, as circunstâncias do crime poderão indicar o perfil do acusado e, por conseguinte, a necessidade da prisão, diante da probabilidade da prática de delitos futuros.

O perfil do acusado também pode ser traçado a partir da análise dos seus antecedentes criminais, não se exigindo nesta fase, por se tratar de cognição superficial, condenações com trânsito e julgado, sendo possível o embasamento em ações penais ainda em curso ou investigações e, inclusive, atos infracionais praticados durante a adolescência<sup>129</sup>.

Todavia, a vida pregressa do acusado pode ser utilizada para traçar o seu perfil, contudo, por si só, não deve ser fundamento para a decretação da prisão preventiva, constituindo-se num mero reforço argumentativo.

O clamor público também, isoladamente, não é dado suficiente para respaldar a prisão preventiva, sob o argumento de necessidade de acautelamento da ordem pública, pois que, neste caso, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal brasileiro, haveria completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade<sup>130</sup>.

Imperioso reconhecer, ainda, que o clamor público, em não raras vezes, decorre da forma como o delito é exposto pela mídia, repercutindo, posteriormente, na sociedade, através da ótica da imprensa. Tal fundamento, além de não possuir respaldo constitucional, pois que ensejaria uma verdadeira antecipação de pena, pode dar margem a decisões equivocadas, instrumentos de verdadeiras injustiças, não podendo, o juiz, agir influenciado, pois, pelo clamor da multidão.

Igualmente, o Supremo Tribunal Federal tem afastado a possibilidade de decretação de prisão preventiva, a pretexto de manutenção da ordem pública, em virtude da necessidade de resguardar a credibilidade da justiça ou das instituições em geral<sup>131</sup>.

---

<sup>129</sup> STJ, RHC nº 47.671 – MS (2014/0111251-1), Rel. Min. Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 12 de dezembro de 2014, DJe 31.01.2015.

<sup>130</sup> STF, HC nº 92.751/SP, Segunda Turma, Rel. Celso de Mello, julgado em 09.08.2011, DJe 23.10.2012.

<sup>131</sup> STF HC nº 111.244/SP, Segunda Turma, Rel. Ayres Britto, julgado em 10.04.2012, DJe 26.06.2012.



Assim, invocar expressões como “credibilidade da Justiça” ou “credibilidade do Poder Judiciário” ou “clamor público”, considera-se mera retórica, adornos linguísticos sem nenhuma relevância na fundamentação. Por tal razão é que não se admite a prisão estribada tão somente na necessidade de resguardo ou resgate da credibilidade do Poder Judiciário, nem tampouco no clamor público.

O fundamento, portanto, há de ser concreto, com base no delito praticado, bem como nas circunstâncias com que foi praticado, demonstrando-se qual ou quais elementos de convicção indicam a probabilidade de que volte a ser cometido, ainda que argumentos outros possam ser utilizados como reforço.

Consoante Andrey Borges de Mendonça há quem suscite a inconstitucionalidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública, alegando que o fundamento não teria qualquer finalidade cautelar, mas apenas buscaria tutelar um interesse da sociedade, de prevenção de delitos, mais ligado, portanto, ao Direito Penal. Contudo, a prisão preventiva para fins de garantia da ordem pública não possui finalidade de prevenção geral ou especial, mas sim de prevenção concreta, com o escopo de evitar que a sociedade sofra um dano concreto e iminente em seus bens jurídicos relevantes, provocado precisamente por aquele que sofrerá a restrição da medida cautelar imposta, razão pela qual não se pode deixar de admitir a sua natureza cautelar<sup>132</sup>.

Conforme pensamento de Rui Pinheiro e Artur Maurício, não se pode olvidar, também, que o processo penal possui o objetivo de tutela da ordem social. Assim, ao garantir a ordem pública a partir de uma medida cautelar, como a prisão preventiva, inegavelmente se está a tutelar o próprio processo penal, em sua utilidade e finalidade<sup>133</sup>.

Outro pressuposto fático para a decretação da prisão preventiva, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal, é a garantia da ordem econômica, pressuposto este que foi incluído na redação do Código de Processo Penal através da Lei 8.884/1994 e mantido mesmo após as alterações da Lei 12.403/2011.

O conceito de ordem econômica, consoante pensamento de Andrey Borges de Mendonça, equivale ao conceito de ordem pública, de evitar a prática de novas infrações penais, especificamente em relação aos crimes econômicos em geral, ou

---

<sup>132</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 266/267.

<sup>133</sup> PINHEIRO, Rui; MAURICIO, Artur. **A Constituição e o Processo Penal**. Coimbra: Editora Coimbra, 2007, p. 90.

seja, crimes contra a ordem econômica, crimes contra a economia popular, contra as relações de consumo, contra a propriedade industrial, contra o sistema financeiro, de lavagem de capitais, dentre outros<sup>134</sup>.

Para Eugênio Pacelli de Oliveira, considerando os delitos que se pretende evitar com a tutela da ordem econômica, a magnitude da lesão não seria amenizada e nem diminuídos os seus efeitos com a simples prisão preventiva de suposto autor do crime, parecendo medida cautelar mais adequada à espécie o sequestro e a indisponibilidade dos bens dos possíveis responsáveis pela infração. Acrescenta, ainda, que, se a intenção é evitar a reiteração de condutas delituosas, a questão poderia ser deslocada para a proteção da ordem pública<sup>135</sup>.

É bem verdade que o risco de reiteração de toda espécie de delito, consoante já analisado nos parágrafos precedentes, pode justificar a decretação da prisão preventiva como garantia da ordem pública.

Ocorre, entretanto, que, consoante bem observado por Andrey Borges de Mendonça, quando a Lei 8.884/1994 introduziu a garantia da ordem econômica no artigo 312 do Código de Processo Penal, mantida pela Lei 12.403/2011, não buscou criar um novo fundamento para a prisão preventiva, mas sim indicar ao intérprete e ao juiz que se deve ser mais severo com os delitos contra a ordem econômica, pois que atinge muito mais intensamente o interesse da coletividade que os delitos contra o patrimônio, por exemplo<sup>136</sup>.

Desse modo, ao inserir, o legislador, a garantia da ordem econômica como pressuposto fático para a decretação da prisão preventiva, almejava, evidentemente, evitar a reiteração da prática de crimes, chamando, contudo, a atenção do intérprete do direito para a relevância dos crimes praticados contra a ordem econômica.

Não obstante o disposto no artigo 30 da Lei 7.492/1986, que define os crimes contra o sistema financeiro, apelidada de “Lei do Colarinho Branco”, que prevê a possibilidade de prisão preventiva do acusado da prática de crime nela definido em

---

<sup>134</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 271.

<sup>135</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 15ª ed. atualizada de acordo com a Lei 12.403 de 04 de maio de 2011. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 549.

<sup>136</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 272.

razão da magnitude da lesão causada, o Supremo Tribunal Federal entende que a magnitude da lesão não justifica, por si só, a decretação da prisão preventiva<sup>137</sup>.

Assim, reafirma, o Supremo Tribunal Federal que, não obstante o disposto no mencionado dispositivo, a prisão preventiva, para a garantia da ordem econômica, está sujeita aos demais requisitos inerentes à prisão preventiva, inclusive reputando-se o último recurso à disposição do juiz, que dela não deve lançar mão se a preservação da ordem econômica puder ser alcançada por medida cautelar mais branda. No caso concreto referido, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o sequestro dos bens do acusado era suficiente para a garantia da ordem econômica.

Com relação ao fundamento da decretação da prisão preventiva por conveniência da instrução criminal, conforme observa Thiago Minagé, embora a legislação mencione o termo “conveniência”, a medida não deve ser decretada ao bem-querer do juiz, de maneira discricionária, por ser medida, portanto, conveniente e oportuna, mas tão somente quando se mostrar imprescindível ao resguardo do devido processo legal<sup>138</sup>

Conforme Guilherme de Souza Nucci, a conveniência da instrução criminal é restrita, ligando-se, basicamente, à atuação do réu em face da captação das provas. Se sua atitude for imparcial, inerte e contemplativa, permitindo toda a sorte de acontecimentos, não há inconveniência que permaneça solto. Entrementes, se, ao revés, resolver agir para impedir a escorregadia atuação estatal na coleta de provas e no regular trâmite do processo, passa a haver motivo concreto para a decretação da sua prisão<sup>139</sup>.

Desse modo, se o acusado, no curso das investigações ou do processo, busca destruir provas, influenciar ou ameaçar testemunhas ou constituir obstáculos à realização de atos processuais, pode ter a sua prisão preventiva decretada, se o devido processo legal não puder ser assegurado por outra medida mais branda.

Segundo Luiz Antonio Câmara, em nome da preservação do direito individual à liberdade, a reforma trazida pela Lei 12.403/2011 contempla um número bastante razoável de alternativas à prisão, permitindo o atingimento da finalidade cautelar de tutela da prova sem que haja a necessidade da prisão preventiva do acusado. Dessa

---

<sup>137</sup> STF, HC nº 99.210/MG, Segunda Turma, Rel. Eros Grau. Julgado em 01.12.2009, DJe 28.05.2010.

<sup>138</sup> MINAGÉ, Thiago. **Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória**: Lei 12.403/2011 interpretada e comentada. São Paulo: EDIPRO, 2011, p. 85/86.

<sup>139</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**. 4ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 96.

forma, exemplificativamente, podem ser utilizadas a proibição de frequência à empresa ou a prisão domiciliar, quando o réu, empresário, ameaçar destruir provas documentais, assim como a proibição de manter contato com pessoa determinada, quando houver ameaça a testemunha<sup>140</sup>.

Evidente que o juiz não deverá permitir que seja posta em risco a regular instrução do processo, no entanto há que agir dosando corretamente a medida necessária, evitando a prisão, que deverá ser utilizada tão somente quando indispensável.

Com relação à prisão preventiva como garantia de aplicação da lei penal, esta visa a deixar o acusado ou investigado disponível no distrito da culpa, ou seja, no local em que o delito foi cometido, com o escopo de possibilitar que, em caso de condenação, possa ela ser executada.

Evidente que deve, também, ser fundada em fatos concretos e não em meras conjecturas sobre a possibilidade de fuga do autor do crime. A mera possibilidade de fuga, sem qualquer estribo factual, poderia ser utilizada para justificar a prisão de qualquer acusado, pois que, quem está no gozo da sua liberdade pode efetivamente, a qualquer tempo, se deslocar no território, ocultando-se e, com isso, evitar sofrer as consequências de uma condenação.

Entrementes, a decretação da prisão com a finalidade de garantir a aplicação da lei penal deve se estribar em dados concretos, tais como a fuga do acusado ou indiciado logo após o cometimento do delito, informações concretas sobre alienação do patrimônio pessoal, no curso do processo ou das investigações, obtenção de passaporte ou visto para ingresso em território estrangeiro ou mesmo aquisição de passagens.

Havendo medida menos restritiva a possibilitar a garantia da lei penal, deve o juiz por ela optar, reservando, sempre, para a prisão preventiva, função subsidiária, não obstante seja possível, de pronto, a sua imposição direta, sem necessidade de anterior determinação de medida mais branda.

Cumprir registrar, ainda, a possibilidade de, nos casos de prisão preventiva, alternativamente ser determinada a prisão domiciliar, consistente no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, somente podendo dela se ausentar com autorização judicial, nos termos do artigo 317 do Código de Processo Penal.

---

<sup>140</sup> CÂMARA, Luiz Antonio. **Medidas cautelares pessoais: prisão e liberdade provisória**, 2ª edição. Curitiba: Jorua, 2011, p. 136.

As hipóteses de substituição da prisão preventiva pela domiciliar estão elencadas no artigo 318 do mesmo Código, sendo elas: quando o acusado ou indiciado possuir mais de oitenta anos, quando estiver extremamente debilitado em virtude de doença grave, quando for imprescindível aos cuidados de pessoa com menos de seis anos de idade ou deficiente físico, ou ainda quando se tratar de indiciada ou acusada gestante a partir do sétimo mês de gravidez, ou, em qualquer período de gravidez, se esta for de alto risco.

Consoante redação do parágrafo único do referido artigo, deve, o juiz, exigir prova idônea do preenchimento dos requisitos para, somente assim, substituir a prisão preventiva pela domiciliar.

#### 4.1.4 Medidas cautelares diversas da prisão

##### *4.1.4.1 Disciplina geral*

Consoante já referido anteriormente, a sistemática introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 12.403/2011 possibilitou a adoção de diversas medidas cautelares que se constituem como alternativas à prisão cautelar.

Assim, se anteriormente havia basicamente duas situações nas quais poder-se-ia encontrar o acusado ou indiciado no curso das investigações ou processo judicial, sendo a primeira a prisão e a segunda o gozo completo da sua liberdade – ou a liberdade com algumas vinculações tênues ao processo, como a fiança ou o compromisso de comparecimento a todos os atos processuais –, com a referida reforma surgiram novas possibilidades de acautelamento dos interesses processuais.

Assim, para garantir a aplicação da lei penal, preservar as investigações ou instrução criminal, bem como para evitar a reiteração criminosa, dispõe, o juiz, não mais apenas das prisões cautelares, mormente a prisão preventiva, mas antes de um rol de medidas cautelares, que, se bem utilizadas, possibilitarão efetivamente que se reserve para a prisão cautelar a função idealizada pelo legislador constitucional, de último recurso, de medida cautelar excepcional ou subsidiária.

Com esse escopo, a nova redação do artigo 319 do Código de Processo Penal, em seus nove incisos, passou a possibilitar a imposição de comparecimento periódico do acusado em juízo, proibição de acesso ou frequência a determinados

lugares, proibição de manter contato com determinada pessoa, proibição de ausência da Comarca, recolhimento domiciliar noturno e, nos dias de folga, suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira, internação provisória do acusado, fiança, além da monitoração eletrônica.

Dessa maneira, estando preenchidos os pressupostos das medidas cautelares, sobretudo o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, já analisados no item 4.1.2, definido pelo juiz qual o perigo que efetivamente acarreta a liberdade do acusado, deverá buscar uma ou mais medidas, dentre as previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, aplicando-as, de ofício ou a requerimento das partes.

Cada uma das medidas, ou a sua combinação, atenderá mais à finalidade de garantia de aplicação da lei penal, de preservação das investigações ou instrução ou mesmo de impedimento de reiteração de práticas delitivas.

No Brasil, diferentemente do que ocorre em Portugal, o legislador não estabeleceu o âmbito de aplicação de cada uma das medidas cautelares, nem tampouco estabeleceu uma escala de gravidade relativa às medidas diversas da prisão<sup>141</sup>.

Assim, a tarefa do magistrado brasileiro na escolha da medida cautelar mais adequada ao caso concreto, diante dos poucos pressupostos normativos, haja vista que a única hipótese de não cabimento de medida cautelar diversa da prisão é precisamente o crime ao qual não se comina pena privativa de liberdade, nos termos do §1º, do artigo 283 do Código de Processo Penal, será mais árdua, devendo, portanto, escolher qual ou quais medidas são adequadas, na margem de conformação deixada pelo legislador, à luz do princípio da proporcionalidade.

Quanto à sua duração, embora não exista tempo máximo por lei estabelecido, considerando a sua provisoriedade, própria de provimentos de natureza cautelar, as medidas cautelares diversas da prisão devem durar apenas durante o trâmite processual, não podendo, pois, ser eternizadas.

Algumas, a depender do pressuposto fático que as ensejaram, devem ser levantadas quando os motivos não mais subsistem. Por exemplo, se determinada medida cautelar é determinada exclusivamente para preservar a instrução criminal, ao término desta, não há motivo para que perdure.

---

<sup>141</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 429.

As diversas medidas cautelares, com as suas peculiaridades serão estudadas nos tópicos a seguir.

#### *4.1.4.2 Comparecimento periódico em juízo*

O inciso I do artigo 319 do Código de Processo Penal brasileiro trata do comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades.

Trata-se da medida menos gravosa do rol das novas medidas cautelares introduzidas no processo penal brasileiro através da Lei 12.403/2011, tendo por objetivo vincular o acusado ao juízo, sobretudo quando existe risco de que venha a fugir ou se ausentar por longo período de tempo, prejudicando, portanto, a futura aplicação da lei penal<sup>142</sup>.

Tal providência possibilita a vinculação ao juízo, sobretudo daquelas pessoas que não possuem endereço fixo ou que mudam costumeiramente de local de trabalho. Diante da necessidade de comparecimento mensal em juízo, será possível informar sempre os locais em que poderão ser encontradas, bem como, nas datas de comparecimento, serão oportunizadas eventuais intimações sobre decisões proferidas no curso do processo, ou mesmo para comparecimento a atos futuros, como audiências, perícias etc.

Assim como as demais medidas cautelares, a medida de comparecimento mensal em juízo pode ser cumulada com outras medidas cautelares, a depender da necessidade do caso concreto.

A periodicidade do comparecimento deve, também, ser dosada pelo juiz a depender da adequação ao caso concreto, podendo ser semanal, quinzenal, mensal, bimestral ou outro período, inclusive diariamente, se houver fundamento para tanto.

Há municípios do Nordeste brasileiro em que é comum a migração de jovens agricultores durante determinada época, a depender da colheita de café ou cana de açúcar, por exemplo, para estados como Minas Gerais e São Paulo, no Sudeste. Durante determinados meses os agricultores permanecem em alojamentos na zona rural, de difícil acesso ou comunicação.

---

<sup>142</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 431.

Nesses casos, inclusive, é possível determinar, o juiz, o comparecimento semestral ou mesmo anual, tudo com o objetivo de manter o vínculo do acusado com o processo, evitando revelia e suspensão indefinida da marcha processual, nos termos do artigo 366 do Código de Processo Penal, garantindo, assim, a aplicação da lei penal.

#### *4.1.4.3 Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares*

Prevista no inciso II do artigo 319, a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares é disciplinada pelo legislador e indicada para utilização quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações.

Segundo Thiago Minagé, trata-se de uma medida um tanto utópica, haja vista ser praticamente impossível qualquer método de fiscalização por parte do Estado quanto ao seu cumprimento<sup>143</sup>.

No mesmo sentido, segundo Eugênio Pacelli de Oliveira a medida, que explica-se por si mesma, não oferece, por si só, instrumentos adequados à fiscalização e garantia do seu cumprimento<sup>144</sup>.

Certamente, se determinada isoladamente, tal medida, de fato, seja de dificultosa fiscalização. Entrementes, se cumulada com outra medida adequada, pode ser um importante instrumento à disposição do juiz para evitar a reiteração da prática de crimes.

No caso de delito praticado por torcedor durante jogo de futebol do seu time favorito, havendo a necessidade de evitar a presença do acusado durante os jogos seguintes, mostra-se de todo conveniente que a proibição de comparecimento ao estádio durante as partidas seja cumulada com a monitoração eletrônica.

É bem verdade que nem todas as unidades da Federação Brasileira possuem os dispositivos eletrônicos necessários a permitir o monitoramento, contudo, esta não é a única medida cuja cumulação com a proibição de comparecimento se mostra útil. Diante da impossibilidade de monitoramento, por falta do sistema e dispositivos adequados, é possível cumular a medida com aquela tratada no inciso I,

---

<sup>143</sup> MINAGÉ, Thiago. **Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória**: Lei 12.403/2011 interpretada e comentada. São Paulo: EDIPRO, 2011, p. 163.

<sup>144</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 15ª ed. atualizada de acordo com a Lei 12.403 de 04 de maio de 2011. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 508.



do artigo 319 do Código de Processo Penal, determinando o comparecimento do acusado em juízo, ou no distrito policial, nas datas e horários dos jogos.

Assim, o comparecimento se dá com o escopo de comprovação de cumprimento da medida de proibição de frequência a determinados lugares, evitando, dessa maneira, a reiteração criminosa.

Consoante entende Andrey Borges de Mendonça, a medida pode ser estabelecida para locais públicos, como praças, ruas ou mesmo regiões, assim como a lugares privados, como bares, restaurantes, casas noturnas, prostíbulos. A intenção é evitar o contato do acusado com lugares onde está mais propenso à prática de novas infrações<sup>145</sup>.

Sustenta, ainda, Andrey Borges de Mendonça, que nada impede que o juiz imponha esta medida como forma de evitar pressões sobre testemunhas e, também, para acautelar provas, a depender da situação concreta.

Com este escopo, de acautelar provas, mostra-se de todo interessante a proibição de frequentar determinados lugares, como medida auxiliar à medida cautelar de suspensão do exercício de função pública ou atividade de natureza econômica ou financeira, que tem o objetivo de evitar a reiteração criminosa. Sendo o acusado proibido de frequentar o ambiente ou repartição de trabalho, pode-se evitar que destrua provas, prejudicando a instrução ou as investigações.

#### *4.1.4.4 Proibição de manter contato com pessoa determinada*

O inciso III do artigo 319 do Código de Processo Penal prevê a proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela se manter distante.

Tal medida se mostra importante, tanto para evitar a prática de novos crimes, sobretudo quando se proíbe o contato do acusado com a vítima ou seus familiares, quanto para preservação da instrução criminal ou investigações, quando se evita o contato do acusado com as testemunhas, de modo que não possa influenciá-las.

Conforme observado por Eugênio Pacelli de Oliveira, tal medida também traz algumas dificuldades práticas, haja vista ser possível que, de modo ocasional e não intencional, aquele que sofreu a restrição possa encontrar a pessoa com quem foi

---

<sup>145</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 434/435.

proibido de manter contato. Contudo, consoante bem observa, o que se veda é que o acusado ou investigado procure o contato com a pessoa com a qual a medida cautelar busca evitar<sup>146</sup>.

#### 4.1.4.5 Proibição de se ausentar da Comarca

É possível, ainda, em conformidade com o inciso IV do artigo 319 do Código de Processo Penal, quando seja conveniente a presença do acusado ou investigado para a instrução ou para as investigações, que este seja proibido cautelarmente de se ausentar da Comarca.

Para Cláudio do Prado Amaral e Sebastião Sérgio da Silveira, tal medida se justifica quando imprescindível para as investigações ou instrução criminal, não podendo ser eleita livremente pelo juiz. Assim, somente se rigorosamente necessária a presença do acusado em alguma diligência ou ato processual, como o reconhecimento pessoal, que se poderia lançar mão de tal medida<sup>147</sup>.

Para Andrey Borges de Mendonça, entretantes, tal medida possui âmbito mais adequado e propício de aplicação especialmente quando há risco de fuga, mediante a vedação de saída, do acusado, do território nacional, tanto que o artigo 320 do Código de Processo Penal prevê a possibilidade de comunicação às autoridades responsáveis pela fiscalização de saídas do País, bem como de intimação do acusado para entregar o passaporte, no prazo de vinte e quatro horas<sup>148</sup>.

Assim, pode o juiz reter o passaporte do acusado, bem como impedir que este obtenha novo passaporte, mediante comunicação do impedimento às autoridades encarregadas, servindo, assim, a medida, não apenas quando é conveniente à instrução criminal ou investigações, mas sobretudo diante do risco de fuga do acusado para território estrangeiro.

<sup>146</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 15ª ed. atualizada de acordo com a Lei 12.403 de 04 de maio de 2011. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 509.

<sup>147</sup> AMARAL, Cláudio do prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. **Prisão e medidas cautelares no processo penal**: as reformas introduzidas pela Lei n.º 12.403/2011 comentadas artigo por artigo. Leme: J. H. Mizuno, 2012, p. 129.

<sup>148</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 436.

Tal medida também pode ser aplicada cumulativamente com outra que auxilie na sua fiscalização, como o monitoramento eletrônico ou mesmo a determinação de comparecimento periódico em juízo.

#### *4.1.4.6 Recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga*

Tal medida cautelar se justifica por ser uma alternativa à prisão, quando o acusado ou indiciado possui residência e emprego fixos, com o escopo máximo de possibilitar o seu comparecimento ao trabalho e recolhimento nos momentos em que não estiver em horário de expediente.

Tem por objetivo maior evitar a prática de crimes, assim como demonstrar a ausência de intenção de fuga, desde que o delito atribuído ao acusado não tenha sido cometido no contexto do exercício da sua profissão.

O recolhimento noturno e nos dias de folga se mostra uma medida mais branda que a prisão preventiva ou mesmo domiciliar, haja vista que, ao possibilitar o comparecimento do acusado ao trabalho, evita que este e sua família sofram quaisquer privações, em virtude do impedimento do exercício da função ou profissão que lhes traria o sustento, o que decorreria do encarceramento.

Não sendo exercida atividade profissional, por se encontrar, o acusado, desempregado, a medida alternativa a ser aplicada, nos casos semelhantes, seria a prisão cautelar. Contudo, de acordo com Andrey Borges de Mendonça, à luz do caso concreto, pode o juiz aplicar a medida se o agente demonstra se encontrar à procura de emprego, acrescentando, ainda, que, mesmo sendo imposto o recolhimento domiciliar no período noturno e nas folgas, nada impede que o juiz conceda autorizações de saída para o exercício a direitos ou para necessidade, como comparecimento a cultos religiosos, velórios ou tratamentos médicos<sup>149</sup>.

Tal flexibilização da exigência de trabalho fixo para a aplicação da medida menos gravosa, alternativa à prisão, contudo, há que se aplicar com parcimônia, para que não seja banalizada, mediante a concepção de que todo aquele que não possui emprego está à sua procura, o que não é verdade.

---

<sup>149</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 438.

Pode ser utilizada a medida, ainda, quando o acusado ou indiciado, apesar de não trabalhar, encontra-se matriculado em instituição oficial de ensino, oportunidade em que o juiz deve cobrar a comprovação de frequência às aulas.

#### *4.1.4.7 Suspensão do exercício de função pública ou atividade de natureza econômica ou financeira*

A medida de suspensão do exercício de função pública ou atividade de natureza econômica ou financeira foi prevista pelo legislador para aplicação nos casos em que há justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais.

Consoante observam Cláudio do Prado Amaral e Sebastião Sérgio da Silveira, o inciso VI do artigo 319 do Código de Processo Penal prevê a possibilidade de suspensão de três tipos de funções ou atividades: a função de natureza pública e as atividades de natureza econômica ou financeira. O risco da continuidade da atividade ou função será maior, na medida em que maiores sejam os poderes exercidos pelo acusado ou indiciado em sua função pública ou atividade privada de natureza econômica ou financeira<sup>150</sup>.

Assim, para que seja aplicada a medida cautelar, o delito atribuído ao acusado deve necessariamente guardar relação com a função ou atividade a ser suspensa, não havendo sentido suspender o exercício da função pública ou atividade de natureza econômica ou financeira se ao acusado se atribui a prática de crime no contexto da sua vida pessoal, como um delito de trânsito, um crime no âmbito das relações domésticas ou mesmo um eventual homicídio.

#### *4.1.4.8 Internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça*

Tal medida não é novidade do Direito Processual Penal Brasileiro, posto que antes da reforma da parte geral do Código Penal, que se deu por meio da Lei 7.209/1984, havia a previsão de medida de segurança provisória, semelhante, portanto, à novel medida cautelar de internação provisória.

---

<sup>150</sup> AMARAL, Cláudio do prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. **Prisão e medidas cautelares no processo penal**: as reformas introduzidas pela Lei n.º 12.403/2011 comentadas artigo por artigo. Leme: J. H. Mizuno, 2012, p. 131.

Posteriormente à referida reforma, mas antes das alterações trazidas pela Lei 12.403/2011, havia a possibilidade de internação como uma consequência da instauração do incidente de insanidade, desde que o acusado ou indiciado se encontrasse preso. Entrementes, este retornava à prisão tão logo fosse submetido aos exames necessários.

Atualmente, a medida cautelar é prevista no Código de Processo Penal, mais especificamente, no inciso VII do artigo 319, devendo ser aplicada quando os peritos concluem ser inimputável ou semi-imputável, o acusado ou indiciado, e houver risco de reiteração criminosa, desde que o crime tenha sido praticado com violência ou grave ameaça.

Assim, é necessário que tenha sido instaurado o pertinente incidente de insanidade para a verificação da imputabilidade ou inimputabilidade do acusado. Durante o incidente, em consequência do disposto no artigo 150 do Código de Processo Penal, estando o acusado preso, deverá ser internado em manicômio judiciário. Caso esteja solto, a requerimento dos peritos, será internado no estabelecimento adequado, indicado pelo juiz, para que seja submetido a exame.

Concluindo, os peritos, pela inimputabilidade ou semi-imputabilidade do acusado ou indiciado, é que determinará, o juiz, a sua internação provisória, desde que o crime tenha sido cometido mediante violência ou grave ameaça e exista risco de reiteração da prática criminosa.

#### *4.1.4.9 Fiança*

O inciso VIII do artigo 319 do Código de Processo Penal prevê a possibilidade de imposição de fiança, com o objetivo de assegurar o comparecimento a todos os atos do processo, evitando a obstrução ao seu andamento, bem como no caso de haver resistência injustificada a ordem judicial, por parte do acusado.

Em conformidade com a redação do artigo 323 do Código de Processo Penal, não será concedida fiança nos crimes de racismo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos crimes definidos como hediondos. Por força do mesmo dispositivo legal, também não se concede fiança nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Tais impedimentos decorrem da incorporação, à legislação ordinária, das vedações insertas nos incisos XLII, XLIII e XLIV do artigo 5º da Constituição Federal Brasileira.

Há outras normas em legislação especial que vedam a concessão de fiança, como a inserta no artigo 7º da Lei 9.034/1995, que impede a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação em organização criminosa.

Igualmente, o artigo 3º da Lei 9.613/1998, que trata de lavagem de capitais, bem como os artigos 14 e 15 da Lei 10.826/2003, que tratam de porte e disparo de arma de fogo, respectivamente, vedam a concessão de fiança.

No último caso, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade dos parágrafos únicos dos artigos 14 e 15 da Lei 10.826/2003, exatamente os dispositivos que impedem a concessão de fiança, tendo em vista que seria desarrazoada a vedação, haja vista que os delitos de porte e disparo de arma de fogo seriam crimes de mera conduta<sup>151</sup>.

Além dessas hipóteses, o artigo 31 da Lei 7.492/1986, que disciplina os crimes contra o sistema financeiro nacional, também afasta a fiança nos crimes previstos na lei em comento, punidos com pena de reclusão, se presentes as hipóteses que autorizam a prisão preventiva.

Ocorre que a hipótese de impedimento da fiança, quando presentes os requisitos da prisão preventiva, já é prevista no Código de Processo Penal, em seu artigo 324, que também veda a concessão de fiança nos casos de prisão civil ou militar, bem como a quem, no mesmo processo, tenha quebrado fiança anteriormente concedida ou, sem justo motivo, tenha infringido qualquer das obrigações a que se referem os artigos 327 e 328 do mesmo Código, que são as de comparecimento perante a autoridade todas as vezes que for intimado para atos do inquérito, instrução e julgamento, mudança de residência sem prévia permissão da autoridade processante, bem como ausência, por mais de oito dias, sem comunicação à autoridade do lugar em que poderá ser encontrado.

Não obstante as diversas vedações à concessão de fiança constantes em legislação especial, forçoso observar que um dos objetivos explícitos da Lei 12.403/2011 foi disciplinar, de maneira uniforme, a prisão e a liberdade provisória,

---

<sup>151</sup> STF, ADI 3.112, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 02.05.2007, DJE, publicado em 26.10.2007.

com ou sem fiança, incorporando, no seu texto, as vedações à concessão de fiança decorrentes da Constituição.

Dessa maneira, houve a revogação tácita das hipóteses de inafiançabilidade previstas na legislação especial, não previstas na Constituição, sendo certo que o instituto da fiança se mostra como de aplicação conveniente aos crimes relacionados à macrocriminalidade, mormente os crimes econômicos em geral, como lavagem de capitais, tendo em vista os altos valores previstos no Código de Processo Penal após a reforma impressa pela Lei 12.403/2011, conforme adiante se verá, sendo a fiança mais uma forma de vinculação do acusado ao processo<sup>152</sup>.

A fiança, ademais, pode ser cumulada com outra ou outras medidas cautelares diversas da prisão, não fazendo sentido, contudo, cumulá-la com a prisão em si, posto que, neste caso, estando o acusado completamente privado da sua liberdade, despendendo qualquer outra vinculação. O mesmo não se diz do recolhimento noturno e da prisão domiciliar, haja vista que, em ambos os casos, há a necessidade de autodisciplina do acusado no cumprimento das restrições impostas, podendo o vínculo com o processo ser reforçado com a fiança.

A fiança, além de cumulada, pode ser substituída por outra medida cautelar, inclusive a prisão preventiva, não obstante esta não deva ser uma consequência automática do quebramento da fiança, devendo ser aplicada tão somente quando efetivamente necessária.

A fiança pode ser decretada como medida cautelar originária, a exemplo do que acontece com as demais, assim como em substituição a outra medida cautelar, como a prisão, seja ela em flagrante ou cautelar.

Possui o escopo primordial de evitar a fuga o acusado durante o trâmite processual, haja vista que exige deste o depósito prévio de determinado valor para garantir que não se ausente, bem como que cumpra com todos os seus deveres processuais, evitando, ainda, obstrução ao seu andamento, garantindo, dessa maneira, a aplicação da lei penal.

Trata-se de uma garantia patrimonial, concedida pelo réu ou por outrem em seu favor, sob pena de encarceramento ou mesmo de perdimento de parte do valor, ou ainda da sua integralidade.

---

<sup>152</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 393.

O artigo 325 do Código de Processo Penal prevê os valores da fiança, que começam com uma variação de um a cem salários mínimos, para os crimes cujas penas máximas não excedem quatro anos, bem como de dez a duzentos salários mínimos, para os demais crimes.

Os valores podem ser dispensados, nos termos do artigo 350 do mesmo Código, no caso de impossibilidade de pagamento pelo acusado, reduzidos em até dois terços ou mesmo aumentados até mil vezes, conforme incisos I a III do §1º do artigo 325.

O valor da fiança será fixado pelo juiz, dentro da margem de conformação estabelecida pelo legislador, a depender da natureza da infração, condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, circunstâncias indicativas da sua periculosidade, bem como importância provável das custas do processo.

Sendo o delito cominado com pena não superior a quatro anos, a fiança poderá ser arbitrada pela autoridade policial que preside as investigações. Nos demais casos, apenas o juiz poderá arbitrá-la.

Caso deixe, o acusado ou indiciado, de comparecer a qualquer ato para o qual foi intimado, seja do inquérito ou processo, ou ainda se mudar de residência sem prévia permissão da autoridade ou se ausentar por mais de oito dias, praticar ato de obstrução ao andamento do processo, descumprir medida cautelar imposta cumulativamente, resistir injustificadamente à ordem judicial imposta ou praticar nova infração penal, a fiança será tida como quebrada, o que importará em perda da metade do seu valor, cabendo ao juiz decidir sobre a imposição de outras medidas cautelares, inclusive, se necessário, a decretação a prisão preventiva.

O valor total da fiança será perdido, em favor do fundo penitenciário, se o acusado não se apresentar para o início do cumprimento da pena. Em qualquer caso, de perda total ou parcial, sempre deve haver a dedução das custas e demais encargos a que o acusado estiver obrigado. Nos demais casos, deduzidas as despesas referidas, o saldo é devolvido a quem houver prestado a fiança.

A fiança pode ser cassada por inidoneidade, quando posteriormente se reconheça não ser cabível aquela prestada anteriormente, bem como quando passou a não mais ser cabível em virtude de nova capitulação do delito, consoante disciplinam os artigos 338 e 339 do Código de Processo Penal.

Poderá, ainda, ser determinado o reforço da fiança, quando a autoridade tomar equivocadamente fiança insuficiente, quando houver depreciação material ou



perecimento de bens hipotecados ou caucionados ou mesmo depreciação dos metais e pedras preciosas, quando a fiança não tiver sido prestada em moeda corrente, bem como no caso de inovação na classificação do delito que não impeça a fiança, mas gere a necessidade de aumentar o seu valor, de acordo com os parâmetros legalmente previstos, consoante redação do artigo 340 do Código de Processo Penal.

No caso de recalcitrância do acusado em reforçar a fiança, por força do parágrafo único do artigo 340 do Código de Processo Penal, deverá ser recolhido à prisão. Temos, contudo, que tal prisão não deva ser automática, haja vista a possibilidade de estabelecimento, pelo juiz, de outra medida cautelar mais adequada, sendo indispensável, ainda, possibilitar o contraditório antes da alteração da medida cautelar, conforme redação do §3º do artigo 282 do mesmo Código.

#### *4.1.4.10 Liberdade provisória sem fiança*

A liberdade provisória pode ser concedida, no curso do processo ou inquérito policial, com ou sem fiança. Não obstante tradicionalmente a liberdade provisória, com os vínculos que dela decorrem, fosse imposta, ou concedida, apenas em caso de prévia prisão cautelar, com o advento da Lei 12.403/2011, passou a ser encarada como mais uma das medidas cautelares, tratada, contudo, no artigo 310 do Código de Processo Penal, enquanto as demais são disciplinadas no artigo 319 do mesmo Código.

De acordo com Andrey Borges de Mendonça, há três hipóteses em que é aplicável a liberdade provisória: a primeira delas é aquela tratada no artigo 350 do Código de Processo Penal, quando, em virtude da situação econômica do réu, existe a necessidade de dispensá-lo do pagamento de fiança. Neste caso, à exceção do pagamento, as demais obrigações decorrentes da fiança, já estudadas no tópico anterior, permanecerão<sup>153</sup>.

Em segundo lugar, aplicável a liberdade provisória quando, no caso de prisão em flagrante, verifica o juiz que o delito se encontra acobertado por uma das causas excludentes de ilicitude, como estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de direito ou estrito cumprimento do dever legal. Neste caso, será concedida

---

<sup>153</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 380.

a liberdade mediante compromisso de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação, sendo esta a vinculação cautelar mais tênue ao processo.

Por fim, a liberdade provisória é aplicável quando a infração for inafiançável, podendo, nesta hipótese, impor, o juiz, cumulativamente outra medida cautelar diversa da prisão, à exceção da fiança, tendo em vista a vedação constitucional a esta última, vinculando, assim, o indiciado ou acusado, em maior ou menor grau ao processo, conforme se mostre necessário.

Há divergências na doutrina e jurisprudência sobre a possibilidade de concessão de liberdade provisória nos crimes inafiançáveis, não cabendo o aprofundamento do tema no presente trabalho.

Entrementes, forçoso registrar que impedir a concessão de liberdade provisória nos crimes inafiançáveis seria o mesmo que admitir a possibilidade de prisão preventiva automática para os mesmos delitos, e, portanto, prisão preventiva imotivada, despida de qualquer cautelaridade e, por conseguinte, inconstitucional.

É que, consoante já tratado no item 4.1.3.2, nos termos do artigo 310 do Código de Processo Penal, havendo prisão em flagrante, desde que não seja o caso de relaxamento por ilegalidade, necessariamente deverá o juiz decretar a prisão preventiva do indiciado, desde que presentes os seus requisitos, ou conceder-lhe a liberdade provisória.

Assim, impedir a liberdade provisória para os crimes inafiançáveis seria o mesmo que obrigar a decretação da preventiva, em caso de prisão em flagrante, mesmo diante da ausência dos seus pressupostos.

#### *4.1.4.11 Monitoração eletrônica*

Por fim, resta falar acerca da monitoração eletrônica, prevista no inciso IX, do artigo 319 do Código de Processo Penal brasileiro, consistente em possibilitar, por meio de recurso tecnológico, a vigilância, durante vinte e quatro horas por dia, dos passos do investigado ou acusado.

Antes das alterações impressas do Código de Processo Penal por meio da Lei 12.403/2011, a Lei 12.258/2010 já havia inserido no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de monitoração, ao acrescentar o artigo 146-B à Lei das Execuções Penais, prevendo, assim, a fiscalização dos condenados durante as saídas temporárias, regime semiaberto e prisão domiciliar.

Tratada, agora, como medida cautelar, a monitoração eletrônica consiste na utilização de um aparelho, acoplado ao corpo do acusado ou indiciado, corriqueiramente uma tornozeleira, que emite sinais eletrônicos, que são captados e processados em uma central de controle, sendo possível determinar, em tempo real, o local em que se encontra a pessoa submetida à fiscalização, assim como onde esteve.

Tal medida deve ser considerada acessória, haja vista não possuir uma finalidade em si mesma. De que valeria monitorar a todo tempo o acusado se este não se encontra impedido de se ausentar da comarca, não está proibido de frequentar determinados lugares, nem tampouco possui a obrigação de recolhimento noturno obrigatório em sua residência?

É bem verdade que, consoante pensamento de Cláudio Prado do Amaral e Sebastião Sérgio da Silveira, tal providência cautelar se constitui verdadeiramente em uma liberdade vigiada, pois que possibilitará o acompanhamento de todos os passos do acusado<sup>154</sup>.

Entrementes, não faria sentido a sua utilização, se não houvesse qualquer restrição ao deslocamento do acusado ou indiciado.

A medida é sobremaneira útil, possibilitando ao juiz a certeza de que aquele que sofre a restrição encontra-se cumprindo as obrigações impostas, todavia a sua efetiva utilização dependerá da disponibilização, por parte do Estado, seja ao próprio Poder Judiciário, seja aos órgãos policiais responsáveis pela fiscalização, dos instrumentos tecnológicos necessários.

## 4.2 Medidas de coação em Portugal

### 4.2.1 Escorço histórico

Diversamente do que ocorreu no Brasil onde, consoante referido no item 4.1.1, desde o início da vigência do Código de Processo Penal, que data de 03 de outubro de 1941, até às alterações que foram impressas pela Lei 12.403/2011, conviveu-se com a dicotomia entre a prisão cautelar e a liberdade praticamente

---

<sup>154</sup> AMARAL, Cláudio do prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. **Prisão e medidas cautelares no processo penal**: as reformas introduzidas pela Lei n.º 12.403/2011 comentadas artigo por artigo. Leme: J. H. Mizuno, 2012, p. 138.

irrestrita do acusado, não existindo medidas cautelares diversas da prisão, além da liberdade provisória, com ou sem fiança, que viabilizassem, pois, a observância plena, pelo juiz, do princípio da proporcionalidade no processo penal, em Portugal, desde a edição do Código de Processo Penal de 17 de fevereiro de 1987, tal observância já se mostrava possível, diante da variedade de medidas das quais já dispunham os operadores do direito.

A ideia da proporcionalidade acompanhou o processo penal português desde o nascedouro do atual Diploma Legal, já que a redação original do artigo 193º, nº 1, do Código, inclusive, determinava a aplicação das medidas de coação de forma adequada às exigências cautelares requeridas e proporcionais à gravidade do crime e às sanções que previsivelmente viessem a ser aplicadas.

O artigo 193º, nº 2, do mesmo Código, por sua vez, já impunha a subsidiariedade da prisão preventiva, posto que somente deveria ser aplicada quando se revelassem inadequadas ou insuficientes as outras medidas de coação.

Desde a edição do Código de Processo Penal português, ademais, já havia a previsão das medidas de coação do termo de identidade e residência, caução, obrigação de apresentação periódica, suspensão do exercício de funções, de profissão e de direitos, proibição de ausência e de contatos, obrigação de permanência na habitação, além da medida mais grave, mais restritiva, a prisão preventiva.

Desde então, foram impressas algumas alterações na disciplina das medidas de coação, como a previsão de utilização de meios eletrônicos de controle à distância, trazida com a alteração determinada pela Lei 59/98 de 25 de agosto na redação do artigo 201º, que trata da medida de permanência na habitação.

As alterações mais importantes vieram com a Lei 48/2007 de 29 de agosto, que possibilitou, mediante a alteração do artigo 198º, a cumulação da medida de apresentação periódica com outra medida de coação, salvo a prisão preventiva e a permanência na habitação, aumentou o requisito de pena máxima para as medidas de suspensão do exercício de funções, profissão e de direitos de superior a dois para superior a três anos, assim como da prisão preventiva, pena com máximo superior a três anos para pena com máximo superior a cinco anos, dentre outras alterações.

Inobstante isso, consoante já referido, desde o início da vigência do atual Código de Processo Penal português, este já previa as medidas necessárias à

gradação das medidas de coação, em conformidade com as exigências cautelares dos casos concretos, diversamente do que ocorria no Brasil, razão pela qual foi necessário tecer maiores comentários acerca da disciplina das medidas cautelares do Brasil, precisamente pela recentidade e substancialidade das alterações.

A maior adequação do Código de Processo Penal português, desde o seu nascedouro, certamente se deve ao fato de haver sido editado já na vigência da atual Constituição da República Portuguesa, que data de 2 de abril de 1976, ao passo que, aquele, data de 17 de fevereiro de 1987.

#### 4.2.2 Disciplina geral

Consoante pensamento de Fernando Gonçalves e Manuel João Alves, as medidas de coação em Portugal são submetidas aos princípios da legalidade ou tipicidade, razão pela qual somente são admissíveis aquelas tratadas no Código de Processo Penal português ou em outra lei de valor formal igual ou semelhante<sup>155</sup>.

São previstas, assim, no Código de Processo Penal, livro IV, capítulo I, o termo de identidade e residência, caução, obrigação de apresentação periódica, suspensão o exercício de profissão, de função, de atividade e de direitos, proibição e imposição de condutas, obrigação de permanência na habitação e, a mais restritiva de todas, a prisão preventiva.

Tais medidas foram elencadas em graduação crescente de gravidade, verificada a partir da pena em abstrato cominada, e serão analisadas separadamente, com os seus requisitos, nos tópicos seguintes, da mais branda até a mais grave.

Por serem medidas cautelares, além de estarem submetidas a requisitos específicos, ou normativos, para cada uma delas, também condicionam-se a requisitos fáticos, de caráter geral, sem os quais não há que se falar em necessidade de medida de coação e, portanto, não devem ser utilizadas.

Os requisitos fáticos são, conforme se pode verificar através da redação do artigo 204º do Código de Processo Penal português, fuga ou perigo de fuga, perigo de perturbação do decurso do inquérito ou da instrução do processo, perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova, além de perigo, em razão da

---

<sup>155</sup> GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. **As medidas de coação no processo penal português**. Coimbra: Edições Almedina, p. 78.

natureza e das circunstâncias do crime e da personalidade do arguido, de que este continue a atividade criminosa ou perturbe gravemente a ordem e tranquilidade públicas.

Consoante se pode constatar, os requisitos fáticos das medidas de coação portuguesas, em que pese uma certa variação de nomenclatura, em sua essência, identificam-se com os requisitos fáticos das medidas cautelares brasileiras, razão pela qual, neste tópico, não se aprofundará o seu estudo, com o escopo de evitar repetições indevidas, remetendo o leitor para item 4.1.2, especificamente quando se trata de *periculum libertatis*.

Uma vez aplicadas, as medidas de coação devem ser imediatamente revogadas, por despacho do juiz, sempre que se verificar terem sido aplicadas fora das hipóteses ou das condições previstas em lei, bem como por terem deixado de subsistir as circunstâncias que justificaram a sua aplicação, conforme redação do artigo 212º, nº 1, do Código de Processo Penal português, não obstante possam ser de novo aplicadas, havendo unidade de prazos, se sobrevierem razões que novamente justifiquem a sua aplicação, consoante o nº 2 do mesmo artigo.

Havendo a atenuação das exigências cautelares que determinaram a aplicação de uma medida de coação, o juiz poderá substituí-la por outra menos grave ou determinar uma forma menos gravosa de sua execução, conforme artigo 212º, nº 3, do Código de Processo Penal português, podendo, conforme o nº 4 do mesmo dispositivo, a revogação e a substituição das medidas se proceder oficiosamente, pelo juiz, ou a requerimento do arguido ou do Ministério Público, devendo o juiz ouvir os últimos, caso aja de ofício, exceto nos casos de impossibilidade, devidamente fundamentada. Sendo o pedido formulado pelo arguido manifestamente infundado, o juiz o condenará ao pagamento de uma soma entre 6 e 20 unidades de conta (UC).

Havendo descumprimento de quaisquer medidas, o juiz, levando em consideração a gravidade do delito imputado e as razões da violação, pode impor outra ou outras medidas de coação, desde que admissíveis no caso, ou seja, desde que cumpridos os seus requisitos específicos ou pressupostos normativos.

Quando o descumprimento é da medida de coação de obrigação de permanência na habitação, é possível impor a prisão preventiva, ainda que seja atribuída ao arguido a prática de crime de máximo igual ou inferior a 5 anos, desde que superior a 3 anos.

A seguir, trataremos de cada uma das medidas de coação previstas no Código de Processo Penal português.

#### 4.2.3 Termo de identidade e residência

Prevista no artigo 196º do Código de Processo Penal português, o termo de identidade e residência é considerado a medida de coação menos grave do ordenamento, tanto que, após a revisão que operou a Lei 59/98, não mais possui competência para a sua imposição apenas a autoridade judiciária e o Ministério Público, podendo aplicá-la, também, o órgão de polícia.

Assim, nos termos do artigo 196º, nº 1, ainda que já identificado, aquele que for constituído arguido será submetido a termo de identidade e residência, o que implica em comparecer perante a autoridade competente ou de se manter à disposição dela sempre que a lei o obrigar ou sempre que para tanto seja devidamente notificado, além de obrigação de não mudar de residência, nem dela se ausentar por mais de cinco dias, sem comunicar a nova residência ou o lugar onde possa ser encontrado.

Implica ainda, o termo de identidade e residência, em que as posteriores notificações seja feitas por via postal simples para a morada indicada pelo arguido, bem como que, havendo descumprimento, pelo arguido, de quaisquer das obrigações mencionadas, será representado por defensor, em todos os atos do processo, sendo realizada, ainda, a audiência na sua ausência.

O termo de identidade e residência, por implicar em efetivas restrições à liberdade do arguido, é considerado uma verdadeira medida de coação, podendo ser mantida desde a sua constituição em arguido até à sentença absolutória, ou até o trânsito em julgado da sentença condenatória<sup>156</sup>.

Conforme Paulo de Sousa Mendes, é a única medida de coação que pode ser aplicada em qualquer processo, comum ou especial, independentemente da espécie e gravidade da pena aplicável, devendo incidir sempre que houver a constituição do arguido, sendo cumulável, ainda, com quaisquer outras medidas de coação<sup>157</sup>.

---

<sup>156</sup> GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. **As medidas de coacção no processo penal português**. Coimbra: Edições Almedina, 2011, p. 82.

<sup>157</sup> MENDES, Paulo de Sousa. **Lições de direito processual penal**. 3ª reimpressão da edição de setembro de 2013. Coimbra : Edições Almedina, p. 167.

#### 4.2.4 Caução

Trata-se de medida de coação prevista no Código de Processo Penal português que encontra correspondência com a fiança, no processo penal brasileiro. Consiste na imposição, ao arguido, de garantia patrimonial para acautelar o cumprimento das suas obrigações processuais, como o comparecimento a ato processual, assim como o efetivo cumprimento de obrigações decorrentes de medidas de coação outras que lhe tenham sido impostas.

A caução somente se aplica se ao crime imputado ao arguido for cominada pena de prisão, não importando, contudo, o limite mínimo de pena aplicável.

Diferentemente do que ocorre com o termo de identidade e residência, a caução não pode ser aplicada automaticamente, devendo, contudo, levar em conta a sua efetiva necessidade e adequação às exigências cautelares que o caso concreto requerer, guardando proporcionalidade com a gravidade do crime e as sanções que serão aplicadas.

Conforme observado por Fernando Gonçalves e Manuel João Alves, para a determinação do valor da caução, o juiz deve atender a quatro critérios, sendo eles os fins da natureza cautelar a que se destina, a gravidade do crime imputado, o dano causado pelos crimes e a condição socioeconômica do arguido<sup>158</sup>.

A caução destina-se a garantir o cumprimento de obrigações de natureza patrimonial decorrentes do processo, como pagamento de pena pecuniária, custas do processo, ou mesmo qualquer dívida decorrente da prática do delito.

Tal medida jamais pode ser aplicada pelo Ministério Público, mas antes apenas pelo juiz, não obstante, na fase de inquérito, a sua aplicação tenha de ser requerida pelo Ministério Público ao juiz de instrução<sup>159</sup>.

Não havendo, o arguido, prestado a caução, consoante determinado pelo juiz, pode ser aplicado o arresto provisório, nos termos do artigo 228º do Código de Processo Penal português, ou mesmo aplicada a prisão preventiva ou obrigação de

---

<sup>158</sup> GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. **As medidas de coacção no processo penal português**. Coimbra: Edições Almedina, 2011, p. 82.

<sup>159</sup> MENDES, Paulo de Sousa. **Lições de direito processual penal**. 3ª reimpressão da edição de setembro de 2013. Coimbra : Edições Almedina, p. 167.



permanência na habitação, desde que admissíveis no caso concreto, conforme artigo 203º do mesmo Diploma Legal<sup>160</sup>.

A caução, nos termos do artigo 208º do Código de Processo Penal português, considerar-se-á quebrada quando se verificar falta injustificada do arguido a ato processual a que deva comparecer ou incumprimento de obrigações derivadas de medida de coação que lhe tiver sido imposta, o que se fará, ouvido o Ministério Público e o próprio arguido, por meio de despacho do juiz, revertendo o valor para o Estado.

#### 4.2.5 Obrigação de apresentação periódica

Trata-se da obrigação, prevista no artigo 198º do Código de Processo Penal português, consistente em o arguido ser compelido a comparecer periodicamente a um certo órgão de polícia criminal em dias e horários preestabelecidos, sendo levadas em consideração as suas exigências profissionais e lugar de habitação.

Tem como requisito a imputação, ao arguido, de crime punível com pena máxima superior a seis meses de prisão. Assim como as demais medidas de natureza cautelar, à exceção do termo de identidade e residência, somente pode ser aplicada pelo juiz. Durante o inquérito, deve ser requerida pelo Ministério Público. Durante o processo, contudo, o juiz pode agir de ofício, devendo ouvir o Ministério Público.

Consoante entendimento de Carlos Alberto Simões de Almeida, é uma medida de polícia adequada ao controle da manutenção do arguido à disposição das autoridades judiciais, atenuando o risco, ainda que timidamente, da possibilidade de que ele se furte à aplicação da lei penal<sup>161</sup>.

Havendo descumprimento da medida, este será imediatamente comunicado ao juiz, que deverá substituir a medida por outra mais adequada ao caso concreto, inclusive a obrigação de permanência na habitação ou prisão preventiva, desde que cumpridos os seus requisitos, que mais adiante serão analisados.

#### 4.2.6 Suspensão do exercício de profissão, de função, de atividade e de direitos

<sup>160</sup> GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. **As medidas de coação no processo penal português**. Coimbra: Edições Almedina, 2011, p. 84.

<sup>161</sup> ALMEIDA, Carlos Alberto Simões de. **Medidas cautelares e de polícia do processo penal em direito comparado**. Coimbra: Edições Almedina, 2006, p. 41.

A medida de suspensão do exercício de profissão, de função, de atividade e de direitos, nos termos do artigo 199º do Código de Processo Penal português, aplica-se quando o delito atribuído ao arguido for apenado com pena máxima superior a dois anos.

Tal medida pode ser cumulada com qualquer outra medida de coação, inclusive a permanência na habitação e a prisão preventiva.

Havendo suspensão, o despacho que a aplicou deve ser comunicado à autoridade administrativa competente para decretar a suspensão, conforme expresso no artigo 199º, n.º 2.

É possível, nos termos do artigo 199º, 1, a), a suspensão de profissão, função ou atividade, sejam elas de natureza pública ou privada. Nos termos da alínea b) do mesmo dispositivo, podem ser suspensos o poder paternal, a tutela, a curatela, a administração de bens, assim como a emissão de títulos de crédito.

Conforme o entendimento de Carlo Alberto Simões de Almeida, o que se busca é, evidentemente, evitar a eventual frustração de provas, posto que podem estar facilmente acessíveis ou disponíveis a ocupantes de cargos públicos, bem como a possível dissipação de bens alheios, além de impedir a continuidade de atividade criminosa, mais suscetível de ocorrer se o arguido permanecer no exercício do poder paternal, por exemplo<sup>162</sup>.

Assim, a suspensão não deve ser automática, mas antes há de atender às finalidades cautelares perseguidas, seja de preservação da genuinidade da prova, seja impedir a reiteração criminosa.

#### 4.2.7 Proibição e imposição de condutas

Tal medida de coação tem como pressuposto a prática de crime doloso, apenado com pena máxima superior a três anos de prisão, necessitando, para a sua aplicação, a presença de fortes indícios da prática do delito.

Constatada a presença do pressuposto normativo, cabe ao juiz identificar os riscos que enseja a liberdade total do arguido para, em seguida, aplicar uma ou mais, de forma cumulativa, das obrigações tratadas no dispositivo do artigo 200º, nº

---

<sup>162</sup> ALMEIDA, Carlos Alberto Simões de. **Medidas cautelares e de polícia do processo penal em direito comparado**. Coimbra: Edições Almedina, 2006, p. 41.

1, do Código de Processo Penal português. São elas: a) Não permanecer, ou não permanecer sem autorização, na área de uma determinada povoação, freguesia ou concelho ou na residência onde o crime tenha sido cometido ou onde habitem os ofendidos, seus familiares ou outras pessoas sobre os quais possam ser cometidos novos crimes; b) não se ausentar para o estrangeiro, ou não se ausentar sem autorização; c) não se ausentar da povoação, freguesia ou concelho do seu domicílio, ou não se ausentar sem autorização, salvo para lugares predeterminados, nomeadamente para o lugar do trabalho; d) não contactar, por qualquer meio, com determinadas pessoas ou não frequentar certos lugares ou certos meios; e) não adquirir, não usar ou, no prazo que lhe for fixado, entregar armas ou outros objetos e utensílios que detiver, capazes de facilitar a prática de outro crime; f) se sujeitar, mediante prévio consentimento, a tratamento de dependência de que padeça e haja favorecido a prática do crime, em instituição adequada.

A enumeração das condutas que podem ser impostas ou proibidas é taxativa, contudo, consoante acima se pode verificar, bastante ampla, apta, portanto, a evitar a fuga do arguido, ainda que de forma tênue, assim como evitar a reiteração criminosa, bem como a interferência indevida do arguido na coleta de provas.

Quanto às autorizações mencionadas, essas podem ser requeridas e concedidas verbalmente, em caso de urgência, devendo ser lavrada cota no processo, conforme artigo 200º, nº 2.

Havendo a proibição de se ausentar para o estrangeiro, deverá o arguido, nos termos do artigo 200º, nº 3, entregar o seu passaporte à guarda do tribunal, devendo ser comunicada a autoridade, para que o documento não seja renovado enquanto perdurar a medida, bem como o controle de fronteiras, evitando que deixe o País.

Segundo Fernando Gonçalves e Manuel João Alves, a medida de coação de proibição e imposição de condutas é perfeitamente cumulável com quaisquer outras medidas de coação, à exceção da prisão preventiva e da permanência na habitação, salvo, no caso desta última, da cumulação com a proibição de manter contato com determinada pessoa<sup>163</sup>.

Tal medida também compete apenas ao juiz. Durante o inquérito deve proceder a pedido do Ministério Público e, após o inquérito, oficiosamente, ouvido, entretanto, o Ministério Público.

---

<sup>163</sup> GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. **As medidas de coacção no processo penal português**. Coimbra: Edições Almedina, 2011, p. 93.

#### 4.2.8 Obrigação de permanência na habitação

A obrigação de permanência na habitação, a exemplo da obrigação de proibição e imposição de condutas, tem como pressuposto normativo fortes indícios da prática de crime ao qual comina a lei pena de máximo superior a três anos.

Consiste na obrigação de não se ausentar, ou não se ausentar sem autorização, da sua própria habitação ou de outra em que esteja residindo momentaneamente, ou mesmo da instituição onde esteja a receber apoio social ou de saúde.

Conforme defendem Fernando Gonçalves e Manuel João Alves, não se trata de uma legítima prisão domiciliar, posto que não se mostraria admissível, diante do disposto no artigo 27º, nº 3, da Constituição da República Portuguesa<sup>164</sup>.

Assim, a obrigação de permanência na habitação é uma legítima medida de coação diversa da prisão, sendo possível, ademais, no curso do cumprimento da medida, a obtenção de autorização de saída.

Trata-se de uma medida subsidiária, posto que, consoante se vê através da redação do artigo 201º, nº 1, do Código de Processo Penal português, deve ser aplicada se forem consideradas inadequadas ou insuficientes as medidas anteriormente tratadas.

A restrição implica em não se ausentar ou não se ausentar sem autorização da habitação própria ou de outra em que de momento resida, ou nomeadamente, quando se justifique, de instituição adequada a prestar-lhe apoio social e de saúde.

Assim, ainda segundo Fernando Gonçalves e Manuel João Alves, a medida é perfeitamente compatível como a autorização para o arguido se ausentar do local onde deva permanecer para ir trabalhar estudar, fazer compras, apresentar-se às autoridades ou mesmo submeter-se a tratamento de saúde.

É possível, ainda, a fiscalização da medida por meio técnico de controle à distância, ou seja, vigilância eletrônica, a depender, contudo, do consentimento do arguido e das pessoas maiores de dezesseis anos que com ele convivam, conforme artigo 4º da Lei nº 33/2010.

---

<sup>164</sup> GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. **As medidas de coação no processo penal português**. Coimbra: Edições Almedina, 2011, p. 95.

#### 4.2.9 Prisão preventiva

A prisão preventiva tem caráter subsidiário e excepcional, somente podendo ser imposta diante da inadequação ou insuficiência de todas as demais medidas, inclusive a obrigação de permanência na habitação.

Consiste na privação da liberdade individual, de forma provisória e precária, mediante decisão interlocutória.

Nos termos do artigo 28º, nº 2, da Constituição da República Portuguesa, não pode ser decretada, nem tampouco mantida, quando cabível a aplicação de caução ou outra medida mais favorável prevista na Lei.

Tal medida de coação, reputada a mais restritiva de todas, é cabível em três situações distintas, que se constituem em seus pressupostos normativos, ou pressupostos específicos de aplicação. Em se tratando de crime doloso comum, exige a Lei, conforme se vê através da redação do artigo 202º, nº 1, a), do Código de Processo Penal português, fortes indícios da prática de crime doloso, punível com pena de prisão de máximo superior a 5 anos.

Quanto há fortes indícios da prática de crime doloso de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, aplica-se, também, aos crimes cuja pena máxima exceda três anos, conforme redação do artigo 202º, nº 1, b) do referido artigo.

Por fim, cabível também a imposição de prisão preventiva a pessoa que tenha penetrado ou permaneça irregularmente em território nacional ou contra a qual estiver tramitando processo de extradição ou expulsão, nos termos do artigo 202º, nº 1, c), do Código de Processo Penal português.

Conforme disposição do artigo 213º, em se tratando de prisão preventiva ou obrigação de permanência na habitação, o juiz oficiosamente deverá proceder ao reexame dos seus pressupostos no prazo máximo de três meses, a contar da sua aplicação ou data do último reexame, bem como quando forem proferidos despacho de acusação ou de pronúncia ou decisão que conheça, a final, do objeto do processo e não determine a extinção da medida aplicada.

## **5 AS MEDIDAS CAUTELARES À LUZ DA PROPORCIONALIDADE**

### **5.1. Argumentação jurídica e proporcionalidade**

Assentadas as premissas dos capítulos precedentes, pelas quais se estabelece que, no contexto de Estado de direito, é indispensável o reconhecimento da liberdade do indivíduo, como limitadora do exercício do poder estatal, devendo, o poder público, não apenas respeitar tal direito, como também protegê-lo dos ataques de terceiros e promovê-lo.

Reconhece-se, ainda, a fundamentalidade do direito à segurança pública, como um bem em si mesmo, haja vista a paz e a tranquilidade por ele transmitida aos cidadãos, indispensáveis ao bem estar social e qualidade de vida dos membros da comunidade, bem como por ser instrumento de garantia de outros direitos fundamentais, tais como a vida e o patrimônio, admitindo-se que, no curso processo penal, há uma inafastável colisão entre ambos os bens jusfundamentalmente protegidos: de um lado, a liberdade do indivíduo e, do outro, a segurança pública.

Tratando a fundamentalidade do direito à motivação ou fundamentação das decisões judiciais como corolário do princípio do devido processo legal, bem como a necessidade de uma argumentação racional, apta a possibilitar o controle intersubjetivo dos julgados, além da necessidade de dirimir, no caso concreto, no curso do processo penal, o conflito entre os direitos fundamentais à liberdade e à segurança pública, à luz da proporcionalidade – em ambas as suas faces, proibição do excesso e proibição da insuficiência, com o escopo maior de não restringir desnecessariamente a liberdade do indiciado ou acusado, sem, ao revés, deixar de proteger adequadamente os interesses da sociedade –, necessário, finalmente, cuidar da proposição à forma através da qual tais conflitos podem ser dirimidos.

Consoante reconhecido por Robert Alexy, em um grande número de casos, as decisões judiciais que põem fim a conflitos – cumprindo observar que os conflitos estão no cerne dos processos judiciais – são expressas por meio de enunciados normativos que não decorrem logicamente das formulações das normas jurídicas

que se supõem vigentes, concomitantemente com os enunciados empíricos que se devam reconhecer como verdadeiros ou provados<sup>165</sup>.

Ainda de acordo com Alexy, para tanto haveria, pelo menos, quatro motivos, a saber: a imprecisão da linguagem, a possibilidade de conflitos entre normas, a possibilidade de haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, haja vista que não caberiam em nenhuma norma válida existente, e, por fim, a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contrarie a literalidade da norma.

No caso das decisões quem põem fim aos conflitos analisados no presente trabalho, consoante mais adiante se verá, a problemática decorre, mormente, dos dois primeiros motivos elencados, precisamente a imprecisão da linguagem e a possibilidade de conflitos entre normas.

O conflito entre normas, conforme já tratado, encontra-se no centro das questões aventadas nesta dissertação, sobretudo porque está a ser analisada, nas decisões judiciais acerca das medidas cautelares em processo penal, a tensão permanente entre liberdade do indivíduo e segurança pública.

Para além dos dois referidos problemas, há outro, talvez o maior dos problemas, que decorre da recorrente invocação a conceitos indeterminados, que, consoante já referimos no capítulo 2, não apresentam, em si, qualquer erro. Contudo, é precisamente a frequente utilização de tais conceitos, despidos de qualquer substrato ou estribo na realidade fática a ser necessariamente apreciada, pelos juízes, que enseja o arbítrio judicial.

Para a plena observância, portanto, do terceiro direito fundamental tratado no capítulo 2, o da motivação das decisões judiciais, não basta, apenas e tão somente, recorrer aos enunciados normativos e às premissas fáticas, indicando uma simplória subsunção dos fatos às normas, para, em seguida, trazer a decisão que mais parece adequada ao julgador.

Consoante restou demonstrado no capítulo 4, tanto no ordenamento jurídico brasileiro, quanto no ordenamento jurídico português, em processo penal, ampla é a margem de conformação dentro da qual deverá escolher, o juiz, dentre as medidas cautelares que podem ser aplicadas, a mais adequada, desde a mais branda, como a obrigação de comparecimento a todos os atos do processo, até a mais restritiva, a

---

<sup>165</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**; trad. Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica de tradução e introdução à edição brasileira Cláudia Toledo. - 3ª ed. — Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 19.

prisão preventiva, através da qual ficará, o indiciado ou acusado, privado integralmente da sua liberdade.

Assim, sendo ampla a margem de conformação deixada pelo legislador ao juiz – e não poderia ser diferente, haja vista a multiplicidade de condutas e hipóteses a serem ponderadas, o que inviabilizaria a previsão expressa de todos os casos por meio do direito positivado –, ampla, também, é a possibilidade de arbítrio judicial, caso não observada, não apenas formalmente, a imperatividade de fundamentação das decisões judiciais.

E tal arbítrio se evidencia quando opta, o juiz, por qualquer das medidas cautelares previstas em lei, em primeiro lugar, sem apreciar, de maneira substancial, a realidade fática apurada no processo e, em segundo, quando deixa de decidir com estribo na ordem constitucional vigente, sobretudo em violação ao princípio da proporcionalidade.

Conforme já referido no item 2.5.3, conforme pensamento de Robert Alexy, seria um erro concluir, da consideração de que a Ciência do Direito e a jurisprudência não podem prescindir de valorações, pela possibilidade de um campo livre para convicções morais subjetivas dos aplicadores do direito<sup>166</sup>.

Admitir a liberdade para decisões em conformidade com convicções morais subjetivas dos juízes seria o mesmo que autorizar o completo arbítrio do Poder Judiciário, vez que estaria livre para decidir de um modo não racional, pondo em causa, assim, a própria condição do Estado de direito, bem como o caráter científico do Direito.

A proposição lançada neste trabalho é de decisão judicial efetivamente fundamentada, considerando as limitações impostas pelo ordenamento jurídico, sobretudo através dos direitos fundamentais cujo estudo se deu no capítulo 2, e, considerando o choque entre os valores jusfundamentalmente protegidos, a ponderação dos bens em conflito para definir, com a adequada carga de argumentação, no caso concreto, qual deva prevalecer.

Para tanto, proceder-se-á à verificação de como o princípio da proporcionalidade, em seu duplo aspecto, foi utilizado em decisões judiciais no Brasil e em Portugal, tecendo-se as críticas necessárias, para, no tópico final, a partir dos

---

<sup>166</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**; trad. Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica de tradução e introdução à edição brasileira Cláudia Toledo. - 3ª ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 26.



conceitos lançados por ocasião da análise referida, propor um modelo adequado de argumentação.

Forçoso admitir que este trabalho não possui a pretensão de apontar um caminho único e infalível, mas tão somente um caminho possível, correto e constitucional, através do qual o dever fundamental de motivação das decisões judiciais seja plenamente observado no caso concreto relativo à escolha, pelo Poder Judiciário, da medida cautelar adequada.

## **5.2 As medidas cautelares e a proporcionalidade nos tribunais**

No Brasil, assim como em Portugal, não tem sido rara a invocação, pelos Tribunais, do princípio da proporcionalidade, mormente em sua face de vedação do excesso, quando se está a decidir acerca da aplicação das medidas cautelares.

Contudo, consoante se pode verificar, os termos proporcionalidade ou razoabilidade são empregados mais como adornos linguísticos do que como expressões de um princípio estruturado, aptas à viabilização de uma correta ponderação entre os bens jurídicos fundamentais em conflito.

No julgamento do recurso em sentido estrito número 1.0231.13.020737-7/001, que pretendia o restabelecimento da prisão cautelar do acusado, que havia sido relaxada pelo juízo *a quo* por excesso de prazo, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais invocou a razoabilidade e proporcionalidade tão somente para justificar a manutenção da soltura do acusado, decorrente do relaxamento da sua prisão por excesso de prazo na conclusão da instrução, pois que, não obstante a inexistência de prazo, no Direito Brasileiro, para a conclusão da instrução, dever-se-iam observar os princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade<sup>167</sup>.

Não houve, contudo, na referida decisão, qualquer ponderação fulcrada nos princípios constitucionais invocados. Ademais, menciona-se, na decisão, a inexistência de notícias de que o acusado, em liberdade, represente riscos à sociedade, bem como a ausência de evidência de que esteja a tumultuar a instrução criminal ou obstruir a aplicação da lei penal ou, ainda, de que o grau de periculosidade da suposta conduta por ele perpetrada afete a ordem pública, cumprindo ressaltar que a conduta atribuída ao acusado é tráfico de drogas.

---

<sup>167</sup> Rec. em Sentido Estrito nº 1.0231.13.020737-7/001, 2º Câmara Criminal, TJMG, Rel. Mateus Chaves Jardim, j. 16/01/2014, DJE 27/01/2014.

Ora, evidencia-se que a decisão invoca meramente a literalidade da norma, ou seja, os pressupostos fáticos que poderiam ensejar a prisão do acusado, como risco à sociedade, possível prejuízo à instrução criminal ou obstrução à aplicação da lei penal, tratados no item 4.1.3.2, acerca da prisão preventiva, para, sem qualquer argumentação consistente, negar a sua presença, justificando, assim, a manutenção da liberdade do acusado.

Não há como deixar de observar que a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais trata de caso relativo a acusado que foi preso em flagrante por crime de tráfico de entorpecentes, teve a sua prisão em flagrante convertida em prisão preventiva, sendo posteriormente relaxada, por se reputar ilegal em virtude de excesso de prazo.

A prisão preventiva, consoante exposto no capítulo 4, como medida cautelar, ainda que por conversão da prisão em flagrante, somente pode ser decretada diante do preenchimento dos pressupostos normativos, exatamente aqueles tratados no artigo 313 do Código de Processo Penal brasileiro, dentre eles o fato de o crime atribuído ao acusado ser punido com pena de reclusão superior a quatro anos, no qual se enquadra o crime de tráfico de entorpecentes, bem como dos pressupostos fáticos, tais como indícios suficientes do cometimento do delito e o risco que pode acarretar a liberdade do acusado, seja à ordem pública, à ordem econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal.

Assim, em dado momento, o Poder Judiciário entendeu que a liberdade do acusado ensejava risco, tanto que converteu a sua prisão em flagrante em preventiva. Contudo, posteriormente, tão somente em virtude de excesso de prazo para o término da instrução, foi relaxada a prisão, reputando-se ilegal. Posteriormente, ao se decidir sobre o pedido de nova decretação de prisão preventiva, cuja necessidade havia sido reconhecida pelo juízo *a quo* por ocasião da conversão da prisão em flagrante em preventiva, tão somente se reputou “desnecessária”, sem qualquer apreciação, embora sucinta, contudo suficiente, das questões fáticas envolvidas.

A prisão preventiva, no caso, foi considerada desnecessária sem que tenha havido qualquer demonstração, por meio de uma argumentação racional, de que a segurança pública não estivesse mais a correr qualquer risco com a liberdade do acusado.

Também não foi considerada, ainda que se reputasse acertada a decisão de manter o acusado em liberdade, ressaltando-se que não está em discussão a correção da decisão, mas antes a correta fundamentação e ponderação dos bens em conflito, a possibilidade ou necessidade de aplicação de uma medida cautelar alternativa, dentre as previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal brasileiro, devidamente tratadas no item 4.1.4.

Quais teriam sido os fatos indicativos da atenuação das exigências cautelares que levaram o acusado à prisão, em um primeiro momento, ou seja, quando após detido em flagrante, teve a sua prisão preventiva decretada? Houve alteração dos fatos? O juízo *o quo* decidiu equivocadamente? Não o disse o Tribunal.

A verdade é que, tal decisão, por sua fundamentação deficiente, não permite o controle intersubjetivo do julgado. Ela pode ter sido acertada, como também pode haver deixado a segurança pública desprotegida e, portanto, o princípio da proporcionalidade, em seu aspecto da proibição da insuficiência, pode ter sido violado ou não. Simplesmente não é possível afirmar em um ou noutro sentido, isto porque, neste caso, sem qualquer dúvida, não se desincumbiu, o órgão julgador, do ônus de fundamentar adequadamente a sua decisão.

O fato de haver optado, o Tribunal mencionado, por não restringir direito do acusado, consoante já anteriormente referido, não o isenta de uma fundamentação adequada, precisamente porque à liberdade do acusado, no caso concreto, se contrapõe o direito fundamental à segurança pública.

Assim, como garantia de toda a sociedade, seria indispensável haver demonstrado, através de uma argumentação adequada, porque a segurança pública não estaria em risco com a soltura do acusado.

Por outro lado, poderia a decisão, a partir da medida mais grave, precisamente aquela que se desejava obter com o recurso, a prisão, exercer uma comparação com outras medidas mais brandas, a fim de apontar aquela mais adequada, que efetivamente não significasse uma excessiva restrição à liberdade do acusado, mas que, por outro lado, não ensejasse proteção insuficiente à segurança pública.

No julgamento do *habeas corpus* 350472 / SP, o Superior Tribunal de Justiça entendeu ser desproporcional a prisão preventiva de um acusado da prática do crime de roubo, na sua forma tentada, tratando corretamente as premissas teóricas

do princípio da proporcionalidade, em sua expressão de vedação do excesso, aplicado às medidas cautelares<sup>168</sup>.

Argumenta-se, na decisão, ser entendimento pacífico no Superior Tribunal de Justiça que a prisão preventiva tem natureza excepcional, somente se justificando quando demonstrados, na decisão que a decreta ou mantém, os pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Reconhece que a decisão que decretou a custódia cautelar, no caso concreto, está devidamente amparada nas circunstâncias do delito, precisamente na gravidade da conduta, razão pela qual estaria devidamente justificada na garantia da ordem pública.

Avança, contudo, argumentando não se poder desconsiderar a absorção do princípio da proporcionalidade pelo ordenamento jurídico brasileiro, servindo este como instrumento de proteção contra intervenções estatais desnecessárias ou excessivas, aptas a causar danos mais graves que o indispensável à proteção dos interesses públicos.

Não obstante tenha reconhecido, de início, que estivesse efetivamente justificada a decisão que decretou a custódia cautelar do acusado, como garantia da ordem pública, argumenta que algumas particularidades do caso concreto deixaram de ser apreciadas pelo juízo *a quo*, como o fato de ser o acusado primário, possuir bons antecedentes, ser menor de 21 anos na época do crime, ter confessado a prática do crime, ter sido este praticado na sua forma simples, sem o emprego de arma, bem como não haver chegado a se consumar, razão pela qual, em caso de condenação, certamente seria aplicado o regime aberto, reputando, por conseguinte, desproporcional a prisão, tendo sido, assim, concedida de ofício ordem de *habeas corpus* para revogar a prisão preventiva.

Consoante acima referido, as premissas teóricas do princípio da proporcionalidade, como proibição do excesso, foram corretamente tratadas, posto que a prisão cautelar fora reputada desproporcional e inadequada, no caso concreto e, portanto, excessiva, razão pela qual determinou-se a sua revogação.

Ora, reputou-se desproporcional a prisão, contudo reconheceu-se, na mesma decisão, a correção da decisão anterior no que se refere à necessidade de acautelamento da ordem pública.

---

<sup>168</sup> Habeas Corpus nº 350472 /SP, 5ª Turma, STJ, Rel. Joel Ilan Paciornik. j. 03/05/2016, DJe 10/05/2016.

Entrementes, olvidou-se o princípio da proporcionalidade, em sua expressão da proibição da proteção deficiente, passando-se de uma situação de encarceramento do acusado, máxima restrição à liberdade no curso do processo, para a sua total liberdade.

Decidiu, o Superior Tribunal de Justiça, como quem decide à luz do ordenamento jurídico brasileiro anterior às inovações trazidas pela Lei 12.403/2011, sistema dicotômico, consoante já mencionado no capítulo 4, pelo qual o acusado ou indiciado respondia ao processo integralmente privado da sua liberdade ou no seu gozo total, ressalvada a possibilidade de alguns vínculos bastante tênues decorrentes do instituto da liberdade provisória.

Se considerou, o referido Tribunal, excessiva a medida cautelar aplicada (a prisão), mas reconheceu, por outro lado, a necessidade de acautelamento da ordem pública, mister seria o prosseguimento, na decisão, de análise de adequação das demais medidas cautelares diversas da prisão, a fim de verificar, no caso concreto, qual seria a indicada, tais como proibição de frequentar determinados lugares, recolhimento domiciliar noturno e durante os finais de semana, monitoramento eletrônico ou outra medida cabível.

Ao decidir pela simples revogação da prisão preventiva, sem a sua substituição por outra medida mais branda, o Superior Tribunal de Justiça pôs em prática a premissa de que, quando não se está a restringir a liberdade, não se faz necessário motivar a decisão. Embora tal premissa não esteja expressa, ela tem sido de corriqueira verificação na jurisprudência brasileira.

É como se fosse completamente olvidada a contraposição, no caso concreto, da liberdade do acusado ou indiciado à segurança pública, ou mesmo como se, ainda que reconhecido tal conflito, o valor da liberdade necessariamente devesse prevalecer em todos os casos, posto que não foi apresentada qualquer justificativa sobre o motivo pelo qual nenhuma medida foi aplicada, não obstante o reconhecimento do risco à ordem pública.

Assim, invoca-se a proporcionalidade, em sua vertente de proibição do excesso, olvidando-se, na mesma decisão, da proporcionalidade tida como proibição da proteção insuficiente. Tutela-se a liberdade, mas, contudo, olvida-se de proteger a segurança pública, mesmo reconhecendo a necessidade de acautelamento da ordem pública. Cumpre-se o papel do Estado de direito, respeitando direito fundamental do indivíduo, evitando restrições excessivas à sua liberdade, contudo,

deixa-se de cumprir o papel do Estado de direito na condição de protetor do direito fundamental à segurança pública.

Trata-se, pois, de decisão arbitrária. É bem verdade ser mais corriqueira tal adjetivação dirigida às decisões que restringem direitos do acusado sem qualquer fundamentação idônea.

Entrementes, forçoso é reconhecer que qualquer decisão que restrinja direitos do acusado, sem analisar adequadamente a realidade dos fatos, deixando de aferir, pois, a presença dos pressupostos fáticos, dos pressupostos normativos, ou seja, a autorização legal para a aplicação da medida, ou mesmo que escolha medida, dentre as previstas em lei, sem a necessária observância dos princípios constitucionais vigentes, sobretudo o da proporcionalidade, bem como quando deixa de demonstrar, o juiz, a análise substancial de todos esses elementos, em desrespeito, assim, ao direito à motivação das decisões judiciais, tal decisão deve ser reputada arbitrária.

À mesma conclusão deve-se chegar, contudo, quando é privilegiada a liberdade do acusado sem a observância dos parâmetros mencionados no parágrafo anterior, redundando em proteção insuficiente da sociedade, ou seja, da segurança pública. O arbítrio não reside, pois, apenas na restrição injustificada, ou inadequadamente justificada, da liberdade do acusado, mas também na falta de tal restrição, assim como também na falta de justificação da não imposição de tal restrição.

Vê-se que o Superior Tribunal de Justiça, no caso ora em análise, reconheceu o acerto inicial da prisão preventiva, inclusive de que esta era necessária à manutenção da ordem pública, ou seja, de que era necessário acautelar a ordem ou segurança pública.

Posteriormente, diante da previsibilidade de aplicação de uma pena módica, tendo em vista o fato de o crime ter sido cometido em sua forma simples, sem o emprego de arma, não chegando a se consumir, bem como por ser o acusado primário, possuir bons antecedentes, ter menos de 21 anos na época do crime, ter confessado a prática do delito, aplicou o princípio da proporcionalidade, como proibição do excesso, para conceder a ordem de *habeas corpus*, permitindo, portanto, a liberdade irrestrita do acusado.

A vedação do excesso, no caso em análise, evitou a imposição de uma medida cautelar, a prisão, provavelmente mais severa ou restritiva que a pena

possivelmente a ser aplicada ao acusado, em caso de condenação. Contudo, mesmo reconhecendo, o Superior Tribunal de Justiça, a necessidade de acautelamento da segurança ou ordem pública, optou por conceder irrestrita liberdade ao acusado.

Assim, olvidou-se da premência de imposição de medida cautelar mais branda que a prisão e, portanto, não excessiva, proporcional às exigências do caso concreto, não obstante o reconhecimento da necessidade de acautelamento da ordem pública.

Incorreu, desta maneira, o Poder Judiciário, em completa omissão, vez que, reconhecendo a indispensabilidade de proteção à segurança pública, deixou de aplicar qualquer medida, incorrendo, portanto, em proteção insuficiente, para não dizer inexistente.

Trata-se de um exemplo de fácil assimilação, pois que não há que se verificar se eventual medida aplicada seria suficiente, diante das exigências cautelares aferidas no processo, o que poderia dificultar a análise. Houve completa omissão, o que permite a fácil constatação da proteção insuficiente.

É bem verdade que a afirmação de que se encontra evidenciada a violação do princípio da proibição da insuficiência, parte do pressuposto de que o Superior Tribunal de Justiça tenha efetivamente verificado, no curso do processo, inicialmente, consoante referido na decisão, diante das circunstâncias do caso concreto, que a “prisão do paciente estaria devidamente justificada na garantia da ordem pública”.

Mostra-se possível, contudo, que tal expressão tenha sido utilizada de forma vazia, despida de estribo fático e assim, não obstante a utilização do conceito vago de “necessidade de garantia da ordem pública”, esta verdadeira fórmula sacramental esteja despida de qualquer substrato, como parece indicar a decisão, posto que, ao tempo em que se reconhece, de forma abstrata, a presença das exigências cautelares, sustenta-se, no restante da decisão, justamente o oposto.

Na primeira hipótese, portanto, o Tribunal, não obstante tenha verificado adequadamente os requisitos fáticos, os requisitos normativos, bem como a necessidade de acautelamento da ordem pública, deixou de impor qualquer medida cautelar ao acusado, violando, assim, o princípio da proibição da insuficiência. Na segunda hipótese, utilizando-se de conceito jurídico indeterminado, despido de qualquer correspondência com os fatos comprovados nos autos, tão somente

deixou, o Tribunal, de fundamentar adequadamente a decisão prolatada, em inobservância ao direito, jusfundamentalmente protegido, à motivação ou fundamentação das decisões judiciais.

Em Portugal, o Tribunal da Relação do Porto, apreciando o recurso penal n.º 5544/11.6TAVNG—N.P1, no qual se insurgia, o Ministério Público, contra decisão proferida pelo juízo de primeiro grau que substituiu medida cautelar, concedeu provimento ao recurso, revogando a decisão recorrida, determinando que o arguido voltasse e cumprir a medida cautelar anterior, precisamente a obrigação de permanência na habitação com sujeição a vigilância eletrônica<sup>169</sup>.

Consoante se verifica, a partir do acórdão do julgado referido, o arguido foi pronunciado pela prática de um crime de associação criminosa e cento e cinco crimes de burla tributária, havendo sido sujeito à medida de prisão preventiva, quando do seu interrogatório.

Remetidos os autos para julgamento, a medida de coação, de prisão preventiva, foi substituída pela obrigação de permanência na habitação, com vigilância eletrônica, tendo em vista o lapso temporal, conjugado com a inevitável circunstância de que a prisão preventiva teria levado o arguido à reflexão dos motivos ensejadores da medida, bem como porque se mostrariam atenuadas as exigências cautelares. Tal decisão foi revista e mantida em duas outras oportunidades.

Posteriormente, o Tribunal *a quo*, considerando o lapso de dois anos e quatro meses desde a sujeição do arguido às medidas de coação, bem como o fato de ter sido produzida a generalidade da prova da acusação, reconhecendo, ademais, significativamente atenuadas as exigências cautelares relativas à perturbação da ordem e tranquilidade públicas, continuação da atividade criminosa, bem como inexistente o perigo de perturbação de aquisição e genuinidade da prova, substituiu a medida de coação de permanência na habitação por medidas de apresentações periódicas e proibição de contato com os demais arguidos do processo, exceto familiares até o segundo grau, e de acessar o sítio ou contatar diretamente com a Segurança Social.

O Ministério Público, ao interpor recurso, alegou que os princípios processuais penais da adequação, proporcionalidade e necessidade, subjacentes à

---

<sup>169</sup> Rec. Penal n.º 5544/11.6TAVNG-N.P1, 2ª Secção Criminal, Rel. Maria Deolinda Dionísio. j. 13/04/2016.



aplicação da medida de coação, enunciados no artigo 193º do Código de Processo Penal português, teriam sido violados pelo Tribunal *a quo*, acrescentando que a medida de coação de permanência na habitação seria a única adequada à gravidade e quantidade dos crimes dos quais se encontrava o arguido acusado.

Alegou violação ao artigo 204º, b) e c), posto que tais perigos, de perturbação no decurso do inquérito ou da instrução do processo, perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova, bem como em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de que este continue a atividade criminosa ou perturbe gravemente a ordem e a tranquilidade públicas, somente poderiam ser acautelados com a permanência do arguido na habitação, sujeita a vigilância eletrônica.

Acrescentou, à motivação do recurso, o dado concreto colhido em audiência de que o arguido teria tentado, por intermédio dos seus familiares, impedir que uma co-arguida prestasse seu depoimento, levando ao processo a sua versão dos fatos. Aduziu, ainda, que, contrariamente ao entendimento expresso na decisão combatida, as declarações do arguido em audiência estariam a demonstrar que este não teria apreendido o desvalor da sua conduta, insistindo em defender que, em vez de prejuízo, a Segurança Social teria obtido um benefício ilegítimo com a sua atuação, razão pela qual se denotaria uma personalidade propensa ao cometimento de novos delitos.

Ao fundamentar a sua decisão, o Tribunal da Relação do Porto, delimitando a questão a ser decidida como a substituição de medida de coação, observou ser a regra a liberdade, sendo a aplicação das medidas admissível nos estritos termos previamente estatuídos em lei, sujeita, ainda, à aplicação dos princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade.

Analizando os fundamentos da decisão que, em substituição à medida de permanência na habitação, aplicou medida de coação mais branda, observou que o Tribunal *a quo* estribou-se em dois fundamentos: a) o lapso temporal desde a submissão a medidas de coação privativas da liberdade teria atenuado fortemente os perigos de perturbação da ordem e da tranquilidade públicas e de continuação da atividade criminosa; b) estando praticamente produzida a prova da acusação, teria cessado o perigo de perturbação da aquisição e genuinidade probatória.

O primeiro argumento do Tribunal de Relação do Porto foi no sentido de que, em vista da natureza, gravidade e número de crimes imputados, dentre eles o de

associação criminosa, o transcurso do tempo e libertação do arguido apontado como líder da organização apenas remeteria ao descrédito da justiça e à sensação de impunidade e insegurança por parte dos cidadãos.

Registra a estranheza da atenuação, no momento processual em que ocorreu, pois que, um mês antes, tal substituição teria sido negada, ao fundamento de que permaneciam inalterados os pressupostos fáticos que ensejaram a medida, procedendo-se, entretanto, posteriormente, à alteração por outra mais branda, sendo que, no transcurso do lapso temporal decorrido entre a manutenção e a substituição, teria chegado ao conhecimento do Tribunal *a quo* a tentativa de interferência do arguido, por intermédio dos seus familiares, no depoimento de uma co-arguida.

Assim, considerou, além da dificuldade em alteração substancial dos fatos no transcurso do período de um mês, que os dados objetivos contrariavam tal conclusão de atenuação das exigências cautelares determinadas pelos perigos de continuação da atividade criminosa e de perturbação da ordem e tranquilidade públicas.

Concluiu haver sido a aproximação do término do prazo máximo admitido no Código de Processo Penal português para a medida de coação a verdadeira motivação da decisão combatida.

Considerou que a decisão não observou o disciplinamento do artigo 212º, que trata dos requisitos para alteração das medidas de coação, bem como que não se mostra fundamentada em qualquer circunstância efetiva, demonstrativa da atenuação das exigências cautelares, bem como que seria contrariada pela gravidade dos fatos imputados ao arguido e da personalidade desviante e censurável neles plasmada.

Chegou a mencionar, contudo, na motivação, que as medidas não detentivas aplicadas em substituição à medida de coação de obrigação de permanência na habitação, sujeita a vigilância eletrônica, não seriam capazes de acautelar os perigos de perturbação da produção da prova, vez que, mesmo proibido de contactar com os demais sujeitos processuais, o arguido não se absteve de fazê-lo, por intermédio dos seus familiares.

A decisão revela preocupação com os bens protegidos através da medida de coação, ponderando, com base em fatos concretos, cujo conhecimento foi levado ao Tribunal *a quo*, de efetivas tentativas, por parte do arguido, de intervenção em

depoimento que seria prestado por uma co-arguida, no que contou com auxílio de familiares seus.

No julgado ora analisado, o Tribunal da Relação do Porto, não obstante a ele não se refira, manteve preocupação com a proteção da ordem e segurança públicas, com vista a evitar violação ao princípio da proibição da insuficiência.

Em que pese não tenha sido, contudo, aventada no recurso, certamente em virtude do lapso temporal desde a sua aplicação ao arguido, uma ponderação entre as medidas cautelares disponíveis aparentemente apontaria para a necessidade de decretação da prisão preventiva.

É que, conforme se percebe através da fundamentação, tanto do recurso quanto da decisão, restou evidenciado que o arguido, durante o período em que esteve sujeito à medida de coação de permanência na habitação, sujeito, ainda, à vigilância eletrônica, é que buscou, por intermédio dos seus familiares, interferir em depoimento de uma co-arguida.

Ora, tal fundamento foi utilizado para justificar a insuficiência da medida posteriormente aplicada – de apresentações periódicas e proibição de contatos com os demais arguidos do processo, com exceção daqueles que são seus familiares até o 2º grau, e de aceder ao sítio ou contatar diretamente a Segurança Social – e, assim, fazer retornar o arguido à submissão à medida de permanência na habitação, sujeito a vigilância eletrônica.

Entrementes, foi precisamente durante o período em que se manteve sujeito à medida de permanência na habitação que o arguido buscou interferir da genuinidade da prova, procurando interferir, por intermédio de familiares, no depoimento de uma co-arguida.

Assim, ao se proceder ao controle de proporcionalidade das três medidas discutidas no julgado, à luz do princípio da proporcionalidade: prisão preventiva; permanência na habitação e apresentações periódicas, vê-se que, na análise do subprincípio da aptidão, considerando os bens a serem protegidos como sendo a genuinidade da prova, ordem e tranquilidade públicas, que, como visto no item 4.1.2, mediamente servem à segurança pública, em tese, as três medidas seriam aptas à realização do fim perseguido, não obstante evidentemente possuam graus diferenciados na consecução do objetivo colimado.

À toda evidência, partindo-se da medida de coação mais branda, a apresentação periódica, cumulada com proibição de contatar os demais arguidos,

assim como de aceder ao sítio ou contatar diretamente com a Segurança Social, até a mais restritiva, a prisão preventiva, vê-se que a primeira possui um grau de realização mínimo do objetivo perseguido, pois que, consoante reconhecido na própria decisão, o arguido poderia, inclusive, aceder ao sítio através de um *cyber-café* ou computador de terceiros, sem qualquer controle.

A segunda, de permanência na habitação, cumulada com monitoramento eletrônico, medida esta pela qual optou o Tribunal da Relação do Porto, mais restritiva que a primeira, aplicada, todavia, como alternativa à prisão preventiva, possibilita maior controle da conduta daquele que é apontado como autor da prática de crime, haja vista que o mantém em sua residência, não obstante a possibilidade de autorizações de saída, podendo o efetivo cumprimento da medida ser monitorado por recurso eletrônico, como, por exemplo, a pulseira eletrônica, havendo, ainda, a possibilidade de proibição de contatar, o arguido, com determinadas pessoas por qualquer meio.

Tal medida, haja vista ser mais restritiva, atinge um maior grau de realização do fim perseguido, qual seja, a preservação da prova colhida no processo judicial, assim como a segurança pública, do que a primeira medida analisada.

A última medida analisada, exatamente a prisão preventiva, é a mais restritiva de todas e inegavelmente aquela que mais protege os bens ou interesses acima mencionados.

Tendo sido consideradas todas as medidas aptas ou idôneas à consecução do objetivo, qual seja, precisamente, acautelar a segurança pública, impedindo o cometimento de novos delitos pelo arguido, e preservar a genuinidade da prova, evitando eventuais interferências na fase instrutória, evidenciando-se, ainda, a gradação desde a menos restritiva até a mais restritiva no grau de proteção aos interesses a serem preservados, indispensável seria, portanto, a verificação das particularidades do caso concreto a fim de aferir a necessidade ou desnecessidade das medidas mais restritivas, passando-se, pois, ao controle de necessidade ou indispensabilidade.

No caso concreto, vê-se a segunda medida mais restritiva, a de permanência na habitação, mostrou-se insuficiente para preservar a genuinidade da prova, posto que, durante o período em que o arguido sofreu tal restrição, por intermédio de familiares seus, tentou interferir, consoante reconhecido pelo Tribunal, em depoimento que seria prestado por uma co-arguida.

Assim, vê-se que não apenas a primeira medida mais branda, de apresentações periódicas e proibição de contatar determinadas pessoas, como também a segunda, a permanência na habitação, podem ser consideradas fracas, diante das particularidade do caso concreto, no que se refere à proteção da genuinidade da prova, não obstante tenha o Tribunal optado pela última.

A possibilidade de nova decretação da prisão preventiva sequer chegou a ser ponderada na decisão, medida esta que, considerando tais ponderações, certamente seria a mais indicada, por ser a mais restritiva e, portanto, apta a proteger a coleta de provas, mormente quando a permanência do arguido na habitação mostrou-se insuficiente à consecução de tal finalidade.

A ausência da menção à referida necessidade, quiçá se deva ao fato de não haver pedido nesse sentido, posto que o que se buscou, no recurso interposto pelo Ministério Público, foi apenas a nova imposição da medida de coação de permanência na habitação, nada se aventando em relação à prisão preventiva, não obstante a medida buscada tenha se mostrado insuficiente, devido à conduta do arguido, posto que foi precisamente quando se encontrava sujeito à medida de permanência na habitação que o arguido buscou interferir na coleta de provas.

O lapso temporal desde quando o arguido foi submetido à primeira medida de coação parece haver sido bastante levado em consideração não apenas pelo Tribunal *a quo*, como pelo Tribunal *ad quem*, não obstante tal fundamento não tenha sido, por este último, admitido.

A verdade é que se mostrou, no mínimo, um contrassenso admitir o risco oferecido pelo arguido para a aquisição e veracidade da prova, admitindo-se o descumprimento das proibições a ele impostas durante a sujeição à medida de permanência na habitação, decidindo-se, ao final, por esta medida como adequada.

Evidencia-se, assim, que a proteção foi deficiente, posto que o próprio tribunal *ad quem* admitiu fatos que demonstram a insuficiência da medida imposta ao arguido para a preservação da segurança pública, em virtude do risco do cometimento dos novos delitos, assim como interferência na coleta das provas.

A análise dos três julgados acima, pinçados por amostragem, apenas tem o escopo de verificar, em casos concretos, o método de argumentação utilizado por órgãos do Poder Judiciário Brasileiro e Português, como decidem e como o princípio da proporcionalidade, frequentemente invocado quando se está a tratar de medidas

cautelares ou de coação, influencia, ou não, de maneira substancial nos resultados desses julgados.

No próximo item, lançaremos proposta de como o princípio da proporcionalidade pode ingressar, de maneira substancial, nas decisões que tratam de medidas cautelares, desde a mais branda até à prisão preventiva, possibilitando o exame racional do caso com vistas a evitar, ao máximo, o erro e o arbítrio judicial, bem como a vulgarização do princípio e dos seus subprincípios, mormente o da necessidade, tão invocado, sobretudo no Brasil, como mero adorno linguístico, despido, contudo, de qualquer substância.

### **5.3 O princípio da proporcionalidade como efetivo critério de escolha das medidas cautelares ou de coação**

Consoante visto no item precedente, não obstante seja bastante recorrente a menção ao princípio da proporcionalidade no momento em que se procede à escolha da medida cautelar adequada ao caso concreto, rara tem sido a sua efetiva utilização, ou o seu peso, no momento da decisão, servindo, tão somente, em não raras oportunidades, como mero adorno linguístico destinado a esconder a escolha a partir de convicções subjetivas do julgador e, por ser utilizado sem qualquer significado substancial no caso concreto, redundando no impedimento de qualquer controle intersubjetivo do julgado.

Não tem sido raro, no Brasil, verificar, nas decisões dos juízes de primeiro grau que apreciam as prisões em flagrante, após menções teóricas acerca dos fundamentos das prisões preventivas, sobretudo dos seus pressupostos normativos, a utilização de verdadeiras fórmulas genéricas, em que são mencionadas a vida pregressa do indiciado, a sua profissão e endereço definido para, em seguida, invocando a desnecessidade da prisão, conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança, como se esta última, inclusive, não possuísse qualquer fundamento cautelar, não se constituindo em vínculo do indiciado ou acusado com o processo, não obstante bastante tênue.

Muitas vezes, não há qualquer análise específica das particularidades do caso concreto. Assim, sendo o indiciado primário, ostentando bons antecedentes, possuindo endereço fixo e ocupação definida, invoca-se a desnecessidade da prisão para acautelamento da ordem pública ou econômica, mencionando-se, no corpo da

decisão, que a sua liberdade não oferece risco à instrução, nem tampouco à aplicação da lei penal, muitas vezes olvidando que, não obstante em muitos casos seja excessiva a prisão, pode haver uma medida cautelar mais branda, adequada ao acautelamento dos valores mencionados, uma vez constatado o risco.

Forçoso mais uma vez ressaltar que, no Brasil, há a previsão de variadas medidas cautelares diversas da prisão no artigo 319 do Código de Processo Penal, possibilitando que seja aplicada, pelo julgador, aquela mais adequada à espécie, em observância à ordem constitucional vigente, sem ensejar uma restrição excessiva na liberdade do indiciado ou acusado, mas também sem significar proteção deficiente, pondo em risco a segurança pública.

Em Portugal, a situação não é diferente, sendo igualmente previstas diversas medidas de coação, desde o termo de identidade e residência, até a prisão preventiva, possibilitando, assim, o correto ajuste ao caso concreto.

A ponderação, no caso concreto, há que se fazer à luz do princípio da proporcionalidade, em ambas as suas faces, proibição do excesso e proibição da insuficiência, a partir da análise de cada um dos seus subprincípios, que foram objeto de estudo no capítulo 3.

Assim é que, inicialmente, deverá haver a verificação do preenchimento dos pressupostos normativos estudados no capítulo 4, no caso do Brasil, em se tratando de medidas cautelares diversas da prisão, que seja atribuído ao acusado ou indiciado, crime ao qual a lei comine pena de prisão, conforme exigência do §1º do artigo 283 do Código de Processo Penal.

No caso de prisão preventiva, no Brasil, aos acusados ou indiciados primários aos quais seja atribuída a prática de crime apenado com pena máxima superior a quatro anos, ou qualquer que seja a pena de prisão, desde que reincidentes, bem como, independentemente da pena, que o crime envolva violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso enfermo ou pessoa com deficiência e a medida tenha como escopo garantir a execução das medidas protetivas de urgência, ou, por fim, em caso de dúvida sobre a identidade civil da pessoa, ou mesmo quando esta não fornecer elementos para esclarecê-la.

No caso de Portugal, consoante referido no item 4.2, as medidas de coação foram estabelecidas em ordem crescente de gravidade, desde o termo de identidade e residência, cuja aplicação é possível em qualquer processo, qualquer que seja a pena aplicável, até à prisão preventiva, que possui requisitos mais rígidos, como

fortes indícios da prática de crime doloso, punível com pena de prisão de máximo superior a 5 anos, crime doloso de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, cuja pena máxima exceda três anos, ou mesmo a sua aplicação a pessoa que tenha penetrado ou permaneça irregularmente em território nacional.

Entre os dois extremos, no ordenamento jurídico português, estão a caução, aplicável aos crimes para os quais preveja, a lei, pena de prisão, obrigação de apresentação periódica, que incide sobre os crimes cuja pena máxima exceda seis meses, suspensão do exercício de profissão, função, atividade e direitos, para a qual se exige crime com pena de máximo superior dois anos, proibição e imposição de condutas, cuja exigência é prática de crime de pena máxima superior a três anos, limite também exigido para a obrigação de permanência na habitação.

Após a verificação do preenchimento dos pressupostos normativos, devem ser verificados os pressupostos fáticos, ou pressupostos gerais, precisamente o *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, ou seja, os indícios suficientes de autoria, e, no caso da prisão preventiva, além desses a prova da materialidade.

Uma vez preenchidos todos os pressupostos, reconhecendo-se, e conhecendo-se, o risco acarretado pela liberdade do acusado ou indiciado, seja de reiteração criminosa, com ameaça à ordem pública, à ordem econômica, enfim, à segurança pública, ou à aplicação da lei penal, bem como à genuinidade da prova, é que, a partir dele, buscar-se-á a medida cautelar adequada, apta à proteção desses interesses.

Consoante evidenciado nos capítulos precedentes, evitando a reiteração da prática de crimes, imediatamente se tutela a segurança pública, bem jusfundamentalmente protegido pelas constituições portuguesa e brasileira, ao passo que, garantindo a aplicação da lei penal, através da redução do risco de fuga, bem como evitando interferências na fase instrutória do processo, com as quais poder-se-ia obter a impunidade, mediatamente também se está a proteger o mesmo bem fundamental, haja vista os escopos do Direito Penal.

Considerando, assim, que a segurança pública é tutelada por meio de medidas cautelares que se constituem em maior ou menor restrição à liberdade daquele que é apontado como autor da prática delitiva, é que surge o conflito entre a liberdade, também direito fundamental protegido em ambas as constituições, e a segurança pública.



As restrições à liberdade do acusado ou indiciado, consoante já mencionado nos capítulos precedentes, não podem ser demasiadas, excessivas, sob pena de se reputarem inconstitucionais. Por outro lado, por meio das medidas cautelares, deve ser tutelada a segurança pública, de maneira suficiente, redundando a omissão do juiz ou tribunal em proteção deficiente e, portanto, em omissão inconstitucional e atuação desproporcional.

O princípio da proporcionalidade, como visto, deve ser utilizado pelo magistrado como critério de justa medida, apto a evitar restrições excessivas, e portanto, injustificáveis, à liberdade do indivíduo, apontado como autor de um crime, como também impedir riscos não admitidos à segurança pública.

A ponderação dos valores em conflito, mediante a escolha da medida cautelar mais adequada, há que se proceder através de decisão judicial efetivamente fundamentada, e não apenas formalmente, na qual o juiz deverá expor a forma através da qual foram sopesados os valores, diante das particularidades do caso concreto, não invocando apenas os enunciados legais para justificar, em seguida, eventual desnecessidade ou necessidade de determinada medida, portanto, de maneira arbitrária.

Assim é que, uma vez preenchidos os pressupostos normativos e os pressupostos fáticos, delimitado o risco, é que deverá, o magistrado, percorrer os subprincípios integrantes do princípio maior da proporcionalidade, a fim de verificar a correção da medida cautelar aplicada.

Consoante observado por Fernanda Mambrini Rudolfo, é mister atentar ao fato de que a proporcionalidade não se restringe à proibição do excesso, sendo, muitas vezes, mais importante aplicar-se o outro viés desse princípio, a proibição da proteção deficiente, também como forma de garantir a plenitude dos direitos fundamentais<sup>170</sup>.

Contudo, considerando o número de medidas previstas na lei, seria imperioso que o juiz ponderasse cada uma delas? Evidente que tal exigência seria demasiada. Entrementes, os elementos do caso concreto apontarão o caminho através do qual deverá iniciar a análise e, por conseguinte, a sua ponderação.

---

<sup>170</sup> RUDOLFO, Fernanda Mambrini. **Proibição de proteção deficiente e de excesso de proibição:** restrição de liberdades constitucionais no processo penal e a lei n. 12.403/11. Espaço Jurídico, v. 13, 2012. p. 249 e ss.

Havendo prisão em flagrante, o juiz deverá começar a sua verificação a partir da possibilidade, no caso concreto, caso constatada a necessidade de acautelamento imediato ou mediato da segurança pública, de aplicar medida cautelar mais branda, haja vista a subsidiariedade da prisão preventiva, pois que esta, por força do §6º do artigo 282 do Código de Processo Penal, somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por medida cautelar menos restritiva, devendo, pois, ser plenamente justificada a impossibilidade de substituição.

Não obstante, a possibilidade de substituição da medida cautelar mais grave por outra menos restritiva deve ser igualmente motivada, haja vista que, assim como a restrição à liberdade carece de fundamentação, igualmente a sua concessão, pois que, em tese, se contrapõe à segurança, devendo, assim, o juiz ou tribunal, se desincumbir do ônus de demonstrar o motivo pelo qual a falta de decretação da prisão não enseja risco à segurança pública, tudo como corolário do direito à motivação das decisões judiciais.

Semelhantemente, em Portugal, cabe, ao juiz de instrução, a aplicação de medidas cautelares, ou de coação, dentre elas a prisão preventiva, à exceção do termo de identidade e residência, que pode ser aplicada pelo Ministério Público, devendo, inclusive, por força do artigo 193º do Código de Processo Penal português, observar os princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade, que integram o princípio maior da proporcionalidade, sendo a restrição máxima, a exemplo do que ocorre no Brasil, excepcional e subsidiária.

Assim, após a verificação dos pressupostos normativos e fáticos, uma vez identificado o risco concreto, deve o juiz escolher medida apta ou pertinente ao acautelamento da segurança pública, seja imediatamente, com fundamento na proteção à ordem pública ou econômica, ou mediamente, como anteriormente mencionado, com a garantia de aplicação da lei penal, assim como da preservação da genuinidade da prova.

É apta, por exemplo, a suspensão do exercício de função pública, com o escopo de evitar reiteração criminosa, quando o indiciado ou acusado é apontado como autor de delitos no exercício da sua função, como peculato ou mesmo modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações, tipificados nos artigos 312 e 313 – B do Código Penal brasileiro.

Apta, também, seria, no mesmo caso, a prisão preventiva, pois que, nesta fase de verificação da proporcionalidade, o controle de aptidão, afere-se, tão somente, se a medida é meio adequado ao atingimento do fim colimado.

Desse modo, tanto a prisão preventiva, quanto a suspensão da função pública poderiam evitar que o acusado, em liberdade, prosseguisse se apropriando de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel público ou particular de que tem a posse em razão do cargo, assim como idônea a impedir que este continue a modificar ou alterar sistema de informações ou programa de informática sem autorização ou solicitação de autoridade competente.

Indaga-se, tão somente, por ocasião do controle de aptidão ou pertinência, se a medida é apta à realização do objetivo colimado, devendo, pois, efetivamente contribuir para a realização do fim perseguido.

Não seria apta, portanto, à consecução do objetivo, aplicar, ao mesmo caso acima referenciado, medida de recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga, tratada no item 4.1.4.6, por possuir, o acusado, trabalho e residência fixos.

Ora, se o crime é praticado pelo acusado no exercício das suas funções, permitir que ele continue a exercê-las, impondo-lhe tão somente a obrigação de, ao término do trabalho, recolher-se à sua residência, de maneira alguma poderia contribuir para impedir a reiteração criminosa.

Consoante mencionado no item 3.1.2 do presente trabalho, se a medida não é apta à consecução do objetivo buscado, abandona-se a ideia da sua implementação. Se, ao revés, considera-se pertinente, passa-se à verificação do segundo subitem da proporcionalidade.

Assim, no exemplo mencionado, já no controle do primeiro subprincípio, a medida de recolhimento domiciliar dos dias de folga e horário noturno seria abandonada, passando-se à verificação seguinte apenas em relação às duas outras medidas, suspensão da função pública e prisão preventiva.

A segunda fase de verificação é precisamente através do subprincípio da necessidade, exatamente o que mais tem sido invocado, positiva ou negativamente, para justificar a imposição de uma medida, ou a falta da sua imposição, sem qualquer tangenciamento do seu efetivo conteúdo.

Conforme explicitado no item 3.1.3, nesta fase da verificação da proporcionalidade, impõe-se a aferição da existência de meio menos gravoso à consecução dos fins visados.

Considerando a ampla margem de atuação do poder judiciário na escolha das medidas cautelares a serem aplicadas, a verificação poderá se proceder entre medidas que realizem o fim perseguido, ou seja, atinjam o mesmo grau de proteção, imediata ou mediatamente, da segurança pública, ou entre medidas que atinjam a proteção em graus distintos.

Quando se está a tratar de medidas que atingem o mesmo grau de proteção, deve, o julgador, optar sempre por aquela menos restritiva, a que enseja menos interferência na liberdade do indiciado ou acusado, ainda que, mudando os fatos, posteriormente, tenham que ser mudados os atos judiciais, ou seja, a medida ou as medidas cautelares, a exemplo do que ocorre com os atos administrativos, já que ambos estão sujeitos à cláusula *rebus sic stantibus*.

No caso mencionado, não obstante seja a prisão preventiva mais restritiva, quando o objetivo é evitar a reiteração criminosa, considerando que o acusado praticava delitos no exercício da sua função, precisamente peculato e modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações, a suspensão do exercício da função, aliada às suas naturais consequências, como proibição de acesso aos sistemas, atingirá o mesmo grau de proteção.

Assim, deverá o juiz optar pela medida mais branda, precisamente a de suspensão do exercício da função, pois que, afastado do cargo que exerce, impedido de acessar os sistemas aos quais possuía acesso apenas em virtude do exercício da função, o acusado não poderá praticar crimes.

Diversa seria a situação, considerando o mesmo acusado e os mesmos delitos, se o risco fosse de interferência na instrução criminal, mediante o comparecimento na repartição, com a finalidade de destruição de provas, ou o contato com eventuais testemunhas a fim de influenciar nos seus depoimentos. Nesse caso, evidentemente, a prisão preventiva poderia ser também considerada. Entrementes, medidas outras, aliadas à suspensão do exercício da função pública, poderiam permitir o atingimento de grau de proteção próximo, mas não igual.

Assim, como alternativa, poderia ser imposta ao acusado, além da suspensão do exercício das funções, a proibição de, direta ou indiretamente, manter contato com qualquer outro funcionário público do órgão em que trabalha, possível testemunha, posto que, por circunstâncias ligadas ao fato, e com o escopo máximo de salvaguardar a genuinidade da prova, delas deve permanecer distante. Seria

mister, ainda, a proibição de frequentar o local de trabalho, tudo com o objetivo de evitar interferências na coleta das provas.

Evidente que a prisão preventiva atingiria maior grau de proteção, impedindo a prática de novos crimes, bem como qualquer interferência do acusado na coleta da prova.

Quando o objetivo, no caso concreto, é preservar a coleta de prova, a suspensão do exercício da função pública, cumulada com proibição de se comunicar com outros funcionários públicos da sua repartição, bem como de frequentar o ambiente de trabalho, ainda que sujeitas, tais medidas, à monitoração eletrônica, atingiria um menor grau de proteção, pois que se estaria a depender, também, da efetiva vontade do acusado em cumprir as restrições a ele impostas.

É que, com tais restrições, o acusado poderia se comunicar com os demais funcionários da sua repartição, a partir da utilização de aparelhos de telefone de terceiros, poderia, também, utilizar computadores de terceiros para tais contatos, conseguindo, assim, interferir em eventuais depoimentos, ordenar aos seus subordinados a supressão de documentos, além de uma infinidade de condutas aptas a prejudicar a instrução criminal.

Assim, nesse exemplo, maior dificuldade se percebe, haja vista a necessidade de escolha entre medidas que atingem graus de proteção distintos, sendo que a mais branda reduz significativamente o grau de restrição à liberdade do acusado.

Consoante expresso no item 3.1.3, quando o órgão judicial está a decidir acerca de atos legislativos, o controle de indispensabilidade ou necessidade deve se restringir aos casos fáceis, ou seja, aqueles que podem ser resolvidos objetivamente, haja vista idêntico grau de realização entre as medidas de possível implementação, reservando a ponderação acerca dos casos em que há diferença no grau de realização das medidas para o último subprincípio da proporcionalidade.

Entrementes, em se tratando de aplicação de medidas cautelares, ou de coação, o magistrado, diante de elementos concretos que indiquem ser indispensável a maior restrição à liberdade do acusado, com o escopo de preservação da segurança pública, deverá fazê-lo, motivando adequadamente a sua decisão, sem utilização de meros subjetivismos, que tornariam a decisão judicial arbitrária.

Assim, no caso referido, existindo elementos concretos a indicar já ter havido alguma tentativa, por parte do acusado, em interferir indevidamente na coleta da prova, pode o juiz justificar a imposição da medida mais severa, a prisão preventiva, através do fundamento de que a vontade de interferir na instrução já restou evidenciada por meio da sua conduta, de modo que a omissão judicial em aplicar medida mais severa, ou seja, a opção pela medida mais branda, por não encontrar justificativa, implicaria proteção insuficiente, considerando-se o bem jusfundamentalmente protegido, que se contrapõe à liberdade do acusado, a segurança pública, no caso ora ventilado, mediatamente tutelada pela medida cautelar.

Não havendo, contudo, qualquer informação a apontar para o potencial do acusado em, desrespeitando as restrições que lhe serão impostas, interferir na prova, mediante a escolha das medidas mais brandas, não haveria justificativa para a imposição da medida mais grave, razão pela qual a sua imposição, sem qualquer justificativa, ou mediante a utilização de meros adornos linguísticos, despidos, no caso concreto, de qualquer estribo fático, ensejariam atuação excessiva e, portanto, desproporcional do Poder Judiciário.

Evidente que, optando-se, num primeiro momento, pelas medidas mais brandas, haja vista a inexistência de elementos concretos a ensejar a aplicação da prisão preventiva, surgindo novos fatos no curso do processo que demonstrem haver proteção deficiente à segurança pública, indispensável nova análise da necessidade de imposição da medida mais restritiva, sob pena de incidir, o Poder Judiciário, em proteção deficiente.

Por fim, após definida a medida cautelar ou de coação idônea, apta a atingir o fim colimado, verificando-se a sua efetiva necessidade, dentre as medidas de possível implementação, é indispensável aferir a proporcionalidade em sentido estrito, como subprincípio do princípio maior da proporcionalidade.

Nesse caso, há que se avaliar o custo benefício da medida implementada, se efetivamente é razoável a restrição por ela imposta, diante do benefício que se pretende obter.

Assim, no caso concreto, seria razoável restringir a liberdade do acusado, suspendendo-o do exercício da sua função pública, com o escopo de impedir que prossiga a cometer crimes, na condição de funcionário público? Seria razoável a proibição de frequentar o prédio em que funciona a sua repartição, com o escopo de

evitar que destrua provas, assim como proibir de entrar em contato com outros funcionários públicos, para que não interfira em seus depoimentos a serem prestados em audiência? Seria razoável, por fim, proibir o acesso do acusado ao sistema de informações relacionado ao exercício das suas funções? Não há dúvida de que a resposta afirmativa caberia a todas essas indagações.

Quanto à prisão preventiva, ainda que por um descuido resistisse ao controle do segundo subprincípio da proporcionalidade, não seria razoável admitir a restrição total à liberdade do acusado, diante da ausência de qualquer elemento que apontasse para a sua indisposição no cumprimento de restrições mais brandas, aptas à preservação da idoneidade da prova e à preservação da ordem pública.

De toda valia, para o exemplo que ora se propõe, seria, também, a ideia lançada por Jorge Reis Novais, por nós mencionada no item 3.1.4, no sentido de que se deveria proceder a uma análise conjunta do segundo e terceiro subprincípios da proporcionalidade. É que, dessa maneira, já se poderia indagar se seria razoável impor a restrição total da liberdade do acusado, diante acréscimo marginal de proteção obtido com sua a prisão preventiva, exercendo o controle de proporcionalidade, estrito senso, ao mesmo tempo em que se compara a medida cautelar mais restritiva, com as medidas mais brandas, já referidas, mediante o controle de necessidade ou indispensabilidade<sup>171</sup>.

Forçoso observar, conforme já referido no item 3.2, que a análise de cada um dos subprincípios da proporcionalidade, a fim de verificar a constitucionalidade e acerto da medida cautelar a ser aplicada, há que se fazer à luz da proibição do excesso, não sendo adequado, contudo, impor ao Estado, consoante pensamento de Claus-Wilhelm Canaris, o mesmo ônus de fundamentação quanto às omissões, mediante a simples transposição, sem modificações, do princípio da proporcionalidade, com cada um dos seus subprincípios<sup>172</sup>.

Entrementes, consoante também advertimos no item 3.2, não se pode isentar o poder público da exigência de qualquer ônus argumentativo, haja vista o dever de fundamentação das decisões judiciais, bem como a necessidade de preservação, e efetiva demonstração da preservação, do valor jufundamentalmente protegido, a segurança pública, que, no caso concreto, se contrapõe ao direito à liberdade.

---

<sup>171</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**, 1ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p.178.

<sup>172</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 124.

Há que se fundamentar a decisão, demonstrando-se, portanto, que omissão na aplicação da medida, com o escopo de manter a liberdade do acusado, não põe em risco o valor que a ela se contrapõe.

Deixar, por exemplo, de aplicar uma medida, ainda que daquelas consideradas mais brandas, como a fiança, em valor adequado às particularidades do caso concreto, que possui como objetivo assegurar o comparecimento do acusado a todos os atos do processo, evitando a obstrução ao seu andamento, com o escopo de preservar a liberdade do acusado, em alguns casos pode ser justificável.

Em se tratando, por exemplo, de um acusado da prática de crime de trânsito, consistente em entregar veículo automotor a pessoa não habilitada, sendo este um ato isolado em sua vida, e, considerando a possibilidade de permanecer em silêncio durante o interrogatório, abrindo mão da sua autodefesa, bem como de sequer comparecer à audiência, constituindo, contudo, advogado para a sua defesa técnica, a omissão na imposição de qualquer medida, pode ser considerada necessária à preservação da sua liberdade, sem que signifique qualquer risco à segurança pública.

Igualmente a falta de aplicação de uma medida mais severa também deve ser igualmente justificada, sempre levando em consideração a efetiva inexistência de risco à segurança pública.

No exemplo acima referido, do funcionário público, acusado da prática de delito no exercício das suas funções, há que se levar em consideração, na decisão que deixa de impor a medida mais grave, a prisão preventiva, a ausência de risco que a sua liberdade, a preservação do direito de ir e vir, possa acarretar à ordem pública, tendo em vista a inexistência de histórico de violência, e a demonstração de que as medidas aplicadas sejam efetivamente suficientes à preservação da instrução criminal, diante da ausência de indícios de que venha atentar contra as restrições a ele impostas.

Quando se está diante de crimes violentos, contudo, mais difícil se torna demonstrar o acerto de determinadas medidas mais brandas, não obstante também devam ser sempre sopesadas as particularidades do caso concreto, não podendo a gravidade do crime em abstrato servir como único critério para escolha da medida cautelar, consoante já referido no item 4.1.3.2.



A alguém que comete um crime de homicídio, no calor de uma discussão, sob influência de bebida alcóolica, após ser injustamente provocado em um bar, por exemplo, ainda que se trate de um delito grave, se considerando em abstrato, há como se justificar a não imposição da prisão preventiva, haja vista a suficiência de medida mais branda, como a proibição de frequentar bares e congêneres, cumulada com o recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga, em se tratando de acusado com profissão e endereço definidos, sem histórico de violência, de modo que preservada estaria a segurança pública, considerando se tratar de um ato isolado na sua vida, bem que as medidas evitariam que o acusado permanecesse em ambiente propício à prática de delito semelhante.

Diversamente, não se poderia justificar a omissão na imposição de prisão preventiva a quem comete um homicídio, devidamente planejado, com o objetivo de punir aquele que, junto a ele, teria contraído dívida relacionada à aquisição de entorpecentes, pois que seria necessário considerar que se trata de pessoa que faz do crime um meio de subsistência, desconsiderando completamente o valor da vida humana, a ponto de matar um semelhante com o escopo de puni-lo por inadimplência, objetivando, inclusive, com o delito, dar exemplo a outros usuários de drogas, para evitar mais inadimplência, preservando o lucro do seu negócio ilícito.

Para um criminoso com tal perfil, qualquer outra medida se mostraria branda demais, insuficiente à preservação da segurança pública, haja vista se tratar de pessoa que não comete crime de forma excepcional ou eventual, mas antes que não se intimida com a norma proibitiva inserta no preceito secundário da norma penal incriminadora, o que leva à conclusão de que também não se intimidaria com eventual restrição imposta por medida cautelar mais branda aplicada pelo juiz, razão pela qual não se justificaria deixar de aplicar a medida mais grave, ou seja, a prisão preventiva.

Sopesando, neste caso, o valor “liberdade do acusado”, com o risco que ela efetivamente significa à ordem pública, vê-se que, não se mostra razoável impor uma medida mais branda, ou mesmo deixar de impor qualquer medida, sendo premente a decretação da prisão preventiva.

Outro exemplo, neste caso da prática de crimes não tão graves em abstrato, mas que possibilita o exercício do ônus argumentativo, com a devida fundamentação da decisão acerca da medida cautelar necessária, à luz do princípio da proporcionalidade, sobretudo a proibição da insuficiência: imagine-se que uma

determinada dona de casa sofra continuamente lesões corporais de natureza leve impostas pelo seu marido. Em data determinada, um vizinho seu, cansado de ouvir as agressões impostas à mulher, solicita intervenção policial. Os policiais, chegando à residência indicada, escutam sons indicativos de que alguém, naquela residência, está a ser espancado. De pronto ingressam no recinto, constatando, que a mulher estava sendo submetida a espancamento.

O homem é preso em flagrante e apontado, pela autoridade policial, como autor do crime tipificado no artigo 129, §9º, do Código Penal brasileiro, lesão corporal de natureza leve, praticado em contexto de violência doméstica.

Em seu depoimento, a vítima informa à autoridade policial que jamais buscou auxílio devido às constantes ameaças, posto que o seu agressor costumava dizer que, caso procurasse a polícia, ele a mataria, acrescentando que era castigada, sempre que o seu marido entendia que ela teria negligenciado alguma atividade doméstica.

Na lavratura do auto de prisão em flagrante, a autoridade policial ouve, ainda, os depoimentos dos policiais e do vizinho, todos confirmando as agressões. A vítima é submetida a exame de corpo de delito, através do qual as lesões corporais são constatadas.

Encaminhado o comunicado de prisão em flagrante ao Poder Judiciário, necessariamente deve o juiz decidir, consoante mencionado no item 4.1.3.2, entre relaxar a prisão, caso a repare ilegal, converter a prisão em flagrante em preventiva, se presentes os requisitos, bem como se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão, ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Inicialmente, incumbe ao juiz aferir a presença dos requisitos fáticos para a imposição de medida cautelar. Havendo, assim, fortes indícios da prática reiterada do crime de lesão corporal contra a vítima, extraídos a partir dos depoimentos dos policiais que intervieram, efetuando a prisão do agressor, assim como do depoimento do vizinho que solicitou a atuação da polícia, bem como da própria vítima, além da prova da materialidade, expressa no laudo do exame de corpo de delito, demonstrando as lesões, preenchido estaria o primeiro pressuposto fático necessário à imposição de eventual medida cautelar, ou seja, o *fumus commissi delicti*, do qual tratamos no item 4.2.

Em seguida, em sua fundamentação, caberia ao juiz aferir o *periculum libertatis*, também tratado no item 4.2, o risco efetivo acarretado pela liberdade do acusado para, uma vez delimitado, impor a medida apta a eliminá-lo. Ou, afastado qualquer risco, deixar de impor eventual medida, restituindo o agressor à liberdade.

Analizada a vida pregressa do agressor, constatou-se que já havia sido condenado anteriormente pela prática de homicídio, havendo cumprido integralmente a sua reprimenda, bem como que teria praticado atos infracionais violentos na adolescência.

A prisão, dessa maneira, seria cabível, diante dos pressupostos normativos do artigo 313 Código de Processo Penal, haja vista que, não obstante o crime tenha pena máxima inferior a 04 anos, o agressor seria reincidente. Ainda que não fosse reincidente, se poderia reputar cabível, desde que se considerasse necessária a garantir a execução de medidas protetivas de urgência, como por exemplo, o afastamento do agressor da vítima. Contudo, a necessidade efetiva da prisão ou outra medida cautelar será constatada a partir da verificação do *periculum libertatis*.

Consoante já restou evidenciado no capítulo 4, mais precisamente no item 4.1.4., o artigo 319 do Código de Processo Penal brasileiro elenca diversas medidas cautelares diversas da prisão, somente devendo ser, a prisão preventiva, decretada de maneira excepcional, quando essas se mostrarem insuficientes, sendo esta, portanto, uma medida subsidiária.

Conforme o dissemos no item 3.2, Jorge Silva Sampaio informa como primeiro critério ao qual se deve recorrer a fim de verificar se há violação da proibição da insuficiência, o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>173</sup>.

Deixar o juiz de impor qualquer medida cautelar, possibilitando que o agressor retorne ao lar conjugar, ao convívio da vítima, de alguma maneira poderia ofendê-la em sua dignidade? Considerando que, de forma contínua, era submetida a agressões, sobretudo quando o agressor agia movido por considerar que não teria a vítima bem desempenhado as suas obrigações domésticas, a resposta só pode ser afirmativa, de modo que, deixar de impor medida apta a afastar o agressor, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, importa em proteção insuficiente<sup>174</sup>.

---

<sup>173</sup> SAMPAIO, Jorge Silva. **O dever de proteção policial de direitos, liberdades e garantias**. 1ª edição. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 153 e ss.

<sup>174</sup> SAMPAIO, Jorge Silva. **O dever de proteção policial de direitos, liberdades e garantias**. 1ª edição. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 153 e ss.

Assim, surgiria, como primeira medida que poderia ser imposta ao acusado, com o escopo de preservar a ordem pública, evitando que o agressor viesse a praticar novos delito contra a vítima, o afastamento do lar, medida esta prevista no inciso II do artigo 22 da Lei 11.340/2006, que trata especificamente da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Contudo, afastar o agressor do lar sem impedir que ele pratique violência contra a vítima fora dele, significa, ainda, deixá-la desprotegida, passível de sofrer violência em qualquer lugar e, portanto, subjugada e ferida em sua dignidade, haja vista a sua redução, pelo acusado, em vista das condições às quais era submetida, à condição de uma coisa, a um objeto, ou seja, aquilo que Jorge Reis Novais denomina de “coisificação”<sup>175</sup>.

Dessa maneira, o magistrado pode considerar a probabilidade de violência praticada contra a vítima, para impor, ao acusado, ainda, a medida de proibição de aproximação daquela, com fundamento na alínea “a” do inciso III do artigo 22 da Lei da Lei 11.340/2006, bem como no inciso III do artigo 319, já estudado no item 4.1.4.4.

Tais medidas – o afastamento do lar conjugal e a proibição de aproximação da vítima – são costumeiramente adotadas na jurisprudência brasileira, haja vista serem reputadas suficientes para a maior parte dos casos de violência doméstica<sup>176</sup>.

Entrementes, no momento em que o juiz deixa de considerar as particularidades do caso concreto, afasta-se de uma decisão prolatada à luz das disposições constitucionais vigentes, no caso específico, o direito jusfundamentalmente protegido à fundamentação das decisões judiciais.

Ao deixar de motivar, de expressar o raciocínio utilizado para chegar até determinada decisão, necessariamente com base na realidade fática, o juiz impede a controlabilidade intersubjetiva do julgado e, também, age com arbítrio, pois que deixa de decidir à luz do ordenamento jurídico vigente.

No exemplo ora analisado, fácil seria decidir da seguinte maneira: “trata-se de prisão em flagrante, em decorrência da prática do crime de lesão corporal de natureza leve, em contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher. A

---

<sup>175</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana**. Vol. II: dignidade e constitucionalidade. Coimbra: Edições Almedina, 2016, p. 111 e ss.

<sup>176</sup> TJDF, 3ª Turma. HC 20130020281539, Rel. HUMBERTO ADJUTO ULHÔA. Publicado no DJE : 19/12/2013 . Pág.165.

prisão preventiva é medida excepcional e subsidiária, conforme o disposto no artigo 310, II, do Código de Processo Penal brasileiro, apontando os precedentes deste juízo, assim como dos tribunais superiores, ser desnecessária a medida mais grave, e, portanto, excessiva, impondo-se, contudo, o afastamento do agressor do lar conjugal, assim como que seja proibido de aproximar-se da vítima”.

O exemplo de fundamentação acima, em que termos e expressões jurídicas são empregadas de forma vazia, sem uma efetiva análise da realidade fática, à luz do ordenamento jurídico, não é de rara incidência no meio forense. Se empregada, tal fundamentação ao caso de violência doméstica ora proposto, fatalmente incorreria, o Poder Judiciário, em violação ao princípio da proibição da insuficiência.

É que, mesmo diante dos precedentes, forçoso seria, atendendo às particularidades do caso concreto, utilizar, o juiz, uma maior carga decisória para deles se afastar, pois que, não obstante a pena máxima aplicada ao delito, de três anos, imperioso seria levar em consideração a personalidade violenta do agressor, alguém que já teria praticado um homicídio no passado, bem como o seu histórico de atos violentos, desde a adolescência, além da ameaça, séria e fundada, dirigida à vítima, no sentido de que a mataria, caso buscasse auxílio policial.

Assim, mesmo possuindo como parâmetro, na decisão, as medidas apontadas pelos precedentes como suficientes, seria imperioso sopesar as especificidades acima referidas para evitar violação à proibição da insuficiência.

Em que pese o reconhecimento da ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, conforme já referido acima, no caso de não incidência de qualquer restrição à liberdade do agressor, o que se poderia dizer, também, em relação à afetação do conteúdo essencial do direito fundamental, para a escolha efetiva da medida cautelar adequada, conforme proposto no item 3.2, neste caso, é necessário, conforme proposição de Jorge Silva Sampaio, exercer a ponderação dos bens em conflito, inclusive, mediante a utilização dos subprincípios da proporcionalidade, aplicados, contudo, ao princípio da proibição da insuficiência<sup>177</sup>.

O *periculum libertatis* é precisamente o pressuposto fático que, uma vez apontado, indicará a exigência cautelar do caso concreto. Uma vez definido o risco acarretado pela liberdade, total ou parcial, do agressor, chega-se facilmente à medida suficiente para evitar a concretização do risco.

---

<sup>177</sup> SAMPAIO, Jorge Silva. **O dever de proteção policial de direitos, liberdades e garantias**. 1ª edição. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 155.

No caso ora proposto, as premissas empíricas, considerando a vida pregressa do agressor, bem como a ameaça de morte dirigida à vítima apontam, à toda evidência, para o grande risco de morte sofrido por esta.

As medidas cautelares de afastamento do lar e proibição de manter contato com a vítima seriam aptas à manutenção da liberdade do agressor, contudo, considerando as premissas acima referidas, não seriam suficientes para proteger adequadamente a segurança pública e, por conseguinte, vida da vítima.

Assim, à luz do princípio da proibição da insuficiência, seria necessário ponderar: optando, o juiz, pelas medidas mais brandas, ou seja, deixando de decretar a prisão preventiva do acusado, tal omissão parcial, favoreceria a proteção de um determinado objetivo legítimo, no caso a liberdade do agressor? A resposta à indagação há de ser positiva, posto que tal omissão favoreceria a liberdade do acusado, razão pela qual passaria, a omissão em decretar medida mais restritiva, no controle de aptidão.

A segunda indagação que se deveria fazer é se existiria outro meio menos prejudicial à segurança pública, no caso, à preservação da integridade física e vida da vítima, que não a omissão referida, e que favoreceria em igual intensidade a liberdade do agressor? A resposta a tal indagação haveria que ser negativa, haja vista que se mostraria impensável outra medida menos prejudicial, que implicaria em menos risco à prática de crimes, apta a manter, em igual intensidade, a liberdade do agressor. Assim, tal omissão passaria pelo controle de necessidade, segundo o subprincípio da proporcionalidade.

Por fim, questiona-se, no controle de proporcionalidade em sentido estrito, se a preservação da liberdade do agressor, sob a ótica constitucional, compensaria a deficiência na proteção à segurança pública e, por conseguinte, à vida e integridade física da vítima. Nesse último caso, evidente que, diante das particularidades do caso concreto e, apontando as premissas empíricas para o grande risco à prática de crimes pelo agressor, o que deixaria a vida da vítima em risco e, também, a ordem pública, não compensaria a manutenção da liberdade do indiciado. Não seria razoável, pois, permitir que a permanência em liberdade do agressor quando, a qualquer momento, poderia concretizar a sua ameaça contra a vítima, causando-lhe um mal definitivo.

Consoante pensamento de Jorge Reis Novais, estando a ordem constitucional vigente, o que condiciona toda a atividade estatal, inclusive o Poder Judiciário,

estruturalmente voltada à promoção da dignidade, liberdade e autonomia individuais, o prejuízo de qualquer bem constitucionalmente protegido redundará sempre, direta ou indiretamente, em maior ou menor grau, em prejuízo à liberdade. Se as atividades de segurança pública têm como escopo a garantia das condições objetivas que permitam, a todos, o exercício dos seus direitos, liberdades e garantias, se uma restrição das liberdades de alguns particulares que tinha em vista o incremento da segurança pública é inviabilizada, por força da aplicação mecânica do princípio *in dubio pro libertate*, em última análise é a liberdade de todos que, em desconformidade ao princípio da unidade da Constituição, resulta inadequadamente afetada<sup>178</sup>.

No exemplo proposto, não se pode deixar de restringir a liberdade do agressor diante dos fortes elementos indicadores da grande probabilidade de que, em liberdade, ou sujeito a medidas cautelares mais brandas, possa vir a praticar crimes contra a vítima, cujas consequências seriam irreversíveis. Assim, ao se omitir em decretar a medida mais grave e mais restritiva – a prisão preventiva – o juiz violaria, em sua decisão, o princípio da proibição da insuficiência, motivo pelo qual não lhe restaria outra solução, que não a de decretar a medida cautelar mais restritiva.

Tais exemplos propostos demonstram a possibilidade de argumentação coerente, apta a possibilitar o controle intersubjetivo das decisões dos juízes, prestigiando o mandamento constitucional da fundamentação das decisões judiciais.

O princípio da proporcionalidade, não obstante corriqueiramente invocado em sua acepção de vedação do excesso, quando se está a tratar de medidas cautelares em processo penal, possibilitando a tutela da liberdade daquele que se vê apontado como autor da prática de crime, possui igual importância em sua outra face, da proibição da insuficiência, sobretudo com o escopo de evitar que a ausência de restrição à liberdade do indivíduo enseje risco à segurança pública e, portanto, ao direito de toda a coletividade.

O princípio da proporcionalidade, pelo qual deve se pautar o poder público em sua atividade, mostra-se como instrumento eficaz no sopesamento dos valores contrapostos no curso do processo penal, devendo servir como justa medida a uma atuação judicial equilibrada e consoante com as exigências do Estado de direito.

---

<sup>178</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**, 1ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 54.

A sua correta utilização, de forma estruturada, com a devida explicitação do raciocínio jurídico percorrido pelo juiz, é indispensável ao cumprimento do dever de motivação das decisões judiciais, no que se refere à aplicação das medidas cautelares ou de coação, possibilitando, assim, a controlabilidade intersubjetiva do julgado evitando, por conseguinte, o arbítrio judicial.

É evidente que a forma de ponderação e argumentação aqui proposta não é o único caminho possível. Contudo, trata-se de modelo apto à observância do dever de motivação das decisões judiciais, assim como do princípio da proporcionalidade, em ambas as suas faces, evitando proteção insuficiente do direito fundamental à segurança pública, assim como restrições excessivas à liberdade dos indivíduos.



## 6 CONCLUSÕES

A presente investigação se iniciou em decorrência da inquietação do pesquisador diante das decisões judiciais que aplicam medidas cautelares corporais no Brasil, havendo partido da premissa de que eram deficientes, em suas fundamentações, notadamente quando deixavam de aplicar quaisquer medidas ou aplicavam medidas mais brandas, como se, nesses casos, fosse dispensada qualquer motivação.

Procurou, inicialmente, contextualizar a atuação do poder público, notadamente do Poder Judiciário, no Estado de direito, limitada, portanto, pelos direitos fundamentais insertos na Constituição, devido ao garantismo negativo, que impõe, ao Estado, o dever de respeitar os direitos fundamentais dos indivíduos, mas também de promovê-los e protegê-los de ataques de terceiros, como consequência do garantismo positivo.

Assim, foram identificados os direitos, jusfundamentalmente protegidos, à liberdade daquele que se vê apontado como autor da prática de um delito, e à segurança pública, em contraposição no transcurso do processo penal, haja vista a parcela de responsabilidade do Poder Judiciário no que se refere à manutenção e à promoção da segurança pública, não apenas mediante a aplicação de penas, ocasião em que exerce a prevenção específica e prevenção geral à prática de novos delitos, mas sobretudo na correta escolha e aplicação de medida cautelar no curso do processo, quando também busca assegurar, mediata ou imediatamente, a segurança pública.

Tratou-se do direito à fundamentação das decisões judiciais, também como bem fundamental, corolário do devido processo legal, tendo como destinatário não apenas as partes, mas, antes, todo e qualquer interessado, exigindo-se, para seu fiel cumprimento, uma consistente argumentação jurídica, a considerar a integridade do direito, mesmo dentro da margem de conformação deixada pelo legislador, razão pela qual necessariamente deve ser fundada na ordem jurídica e constitucional vigente, de modo a evitar os subjetivismos e, por conseguinte, o arbítrio judicial.

O princípio da proporcionalidade, alçado à condição de principal instrumento de controle dos atos do poder público, inclusive no controle da discricionariedade dos seus atos, foi tratado, também, como medida de interpretação das normas no caso concreto, apta a possibilitar a preservação da ordem constitucional, evitando o

arbítrio, possibilitando, ainda, uma adequada ponderação dos bens em conflito. Tal princípio foi tratado em sua acepção mais vulgar, de proibição do excesso, estruturado em três subprincípios, a saber, a aptidão ou pertinência, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Contudo, não se olvidou do princípio da proibição da insuficiência, a integrar, juntamente com a proibição do excesso, o princípio maior da proporcionalidade, sendo que, enquanto através da proibição do excesso veda-se o desrespeito, por comissão, aos direitos fundamentais de liberdade, por meio da proibição da insuficiência impede-se a atuação desproporcional por omissão, por parte do poder público, mediante a ausência completa de proteção a direito fundamental, ou mesmo proteção insuficiente.

Apesar de tratado por alguns doutrinadores como reverso do princípio da proibição do excesso, viu-se que, apesar de úteis à análise da violação da proibição da insuficiência, esta não deva se limitar à simples transposição dos subprincípios do princípio da proporcionalidade, enquanto proibição do excesso, possuindo, pois, disciplina própria.

O princípio da proporcionalidade, portanto, é apontado como principal instrumento à disposição do juiz, a fim de possibilitar, no caso concreto, a ponderação dos bens em conflito: de um lado, a segurança pública e, do outro, a liberdade do indiciado ou acusado.

Discorreu-se, ainda, sobre as medidas cautelares em processo penal, tanto no Brasil, quanto em Portugal, desde a medida cautelar mais branda - no caso do Brasil, a liberdade provisória sem fiança e em Portugal o termo de identidade e residência -, até à medida mais restritiva, precisamente a prisão preventiva, em ambos os ordenamentos, verificados os pressupostos fáticos e normativos de aplicação de cada uma delas.

Restou evidenciado que tanto o Brasil quanto Portugal dispõem de uma variedade de medidas cautelares previstas em lei capazes de possibilitar a atuação proporcional do Poder Judiciário no processo penal, considerando as exigências cautelares surgidas com a prática dos mais diversos delitos, dentro das mais distintas circunstâncias, por acusados de perfis igualmente variados, podendo haver, inclusive, cumulação de medidas, de modo a possibilitar a perfeita preservação da segurança pública, sem, contudo, restringir, de forma injustificada ou demasiada, a liberdade daquele que é apontado como autor da prática delituosa.

Passando-se à análise de três decisões de tribunais, dois brasileiros e um português, verificou-se que, não obstante se recorra com frequência ao princípio da proporcionalidade, sobretudo em seu aspecto da proibição do excesso, invocando-se, notadamente, o subprincípio da necessidade, tais expressões são utilizadas, em geral, sem qualquer substancialidade, mas como meros adornos linguísticos, sendo, portanto, impreciso o uso da linguagem.

Em que pese o conflito permanente no processo penal, em virtude da constante tensão entre o direito à segurança pública e o direito à liberdade do acusado, não se vê, nas decisões que aplicam medidas cautelares, uma resolução adequada da lide, atendendo à realidade fática e aos ditames das normas processuais vigentes, mediante a necessária ponderação dos bens em colisão.

Não é raro, inclusive, encontrar contradições nas decisões, que, mesmo reconhecendo a correção de decisão proferida por juízo *a quo*, bem como as exigências cautelares decorrentes do caso concreto, em seguida, recorrem à proporcionalidade, de forma vaga e imprecisa, qualificando a medida cautelar aplicada anteriormente de excessiva, para determinar a sua revogação.

Também se percebe, sobretudo a partir das decisões dos tribunais brasileiros, que, não obstante as alterações introduzidas no Código de Processo Penal brasileiro pela Lei 12.403/2011, mediante a inserção de diversas medidas cautelares que permitem a gradação das restrições a serem impostas aos acusados a depender das exigências do caso concreto, o Poder Judiciário age ainda como se estivesse sob a égide do sistema anterior, referido no item 4.1.1, pelo qual ora o acusado se encontrava em liberdade, sofrendo, no máximo, restrições sobremaneira suaves, como liberdade provisória, com ou sem fiança, ora integralmente privado da sua liberdade.

Assim, conclui-se que o Poder Judiciário Brasileiro invoca o princípio da proporcionalidade para decidir sobre imposição de medidas cautelares, contudo não bem utiliza, ainda, as diversas medidas cautelares que foram inseridas no Código de Processo Penal brasileiro, agindo, portanto, de forma desproporcional.

Ademais, ao reconhecer, em suas decisões, a presença das exigências cautelares requeridas pelo caso concreto, ao tempo em que determina a revogação da prisão preventiva, por reputá-la desproporcional, excessiva, sem aventar nem impor qualquer medida cautelar mais branda a atender a demanda pela preservação da segurança pública, o Poder Judiciário se omite de forma inconstitucional e

desproporcional, violando o princípio proibição da insuficiência, como se apenas fosse necessário fundamentar decisões que restringem os direitos dos acusados.

Quando o Poder Judiciário se omite, não impondo medida cautelar reconhecidamente necessária, deixa de proteger a sociedade e o valor jusfundamentalmente protegido, a segurança pública.

Age, ainda, de maneira arbitrária, quando não motiva adequadamente a sua decisão, haja vista que, inobstante a margem de conformação deixada pelo Poder Legislativo para a escolha da medida adequada ao caso concreto pelo Poder Judiciário, este não pode se afastar, em suas decisões, da concepção do direito como integridade, que demanda uma argumentação jurídica adequada, estribada nos princípios constitucionais vigentes, mormente a proporcionalidade.

Mostrou-se, por fim, no item 5.3. a viabilidade, haja vista a forma como se encontram estruturados os ordenamentos jurídicos brasileiro e português, de se proferir decisões que analisem corretamente as premissas fáticas, ou seja os indícios de autoria, prova da materialidade da prática do crime, assim como o eventual risco que possa acarretar a liberdade do acusado à segurança pública, para a definição da medida cautelar adequada ao caso concreto.

Sugeriram-se exemplos, a partir dos quais tais premissas foram analisadas, sempre através de uma argumentação jurídica consistente, para que, uma vez identificado o efetivo risco acarretado pela liberdade do acusado, este possa ser eliminado, mediante uma medida proporcional, que não restrinja excessivamente o direito do acusado, mas que, ao revés, não enseje a desproteção da segurança pública.

Tal medida há que ser encontrada mediante a ponderação em concreto dos bens em conflito; de um lado, a segurança pública e, do outro, a liberdade do acusado, à luz do princípio da proporcionalidade, em ambas as suas expressões – proibição do excesso e proibição da insuficiência –, sendo, pois, um instrumento eficaz – desde que corretamente utilizado, mediante argumentação consistente, sem invocação de expressões vazias, meros adornos linguísticos –, apto a possibilitar, portanto, o efetivo cumprimento do dever de fundamentação das decisões judiciais, viabilizando o seu controle intersubjetivo, evitando, assim, decisões arbitrárias, desarrazoadas, desproporcionais e, portanto, inconstitucionais.

## REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. **Discrecionalidade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos Fundamentais: introdução geral**. [S.l.]:Estoril, 2007.
- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo descomplicado**. 22º ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.
- ALEX, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**; trad. Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica de tradução e introdução à edição brasileira Cláudia Toledo. - 3ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ALMEIDA, Carlos Alberto Simões de. **Medidas cautelares e de polícia do processo penal em direito comparado**. Coimbra: Edições Almedina, 2006.
- ALMEIDA, Roberto Moreira de. **Teoria Geral do Processo**. 4ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Método, 2013.
- AMARAL, Cláudio do Prado; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. **Prisão e medidas cautelares no processo penal: as reformas introduzidas pela Lei n.º 12.403/2011 comentadas artigo por artigo**. Leme: J. H. Mizuno, 2012.
- ANDRADE, Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4ª edição. Coimbra: Editora Coimbra, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2015, Capítulo II, 4.5.
- BONAVIDES, PAULO. **Curso de Direito Constitucional**. 31ª edição, atualizada, São Paulo: Malheiros, 2016.
- BRITO, Sara Assis de. **Direito à liberdade na Constituição Federal e a autonomia da instituição familiar, inconstitucionalidade do projeto de lei 2.654/2003**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,direito-a-liberdade-na-constituicao-federal-e-a-autonomia-da-instituicao-familiar-inconstitucionalidade-do-pro,31319.html>>. Acesso em: 07 de abr. 2016.
- CÂMARA, Luiz Antonio. **Medidas cautelares pessoais: prisão e liberdade provisória**. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2011.
- CAMPOS, Helena Nunes. **Princípio da Proporcionalidade: a ponderação dos direitos fundamentais**. Disponível em: [http://www.mackenzie.br/fileadmin/Pos\\_Graduacao/Mestrado/Direito\\_Politico\\_e\\_Economico/Cadernos\\_Direito/Volume\\_4/02.pdf](http://www.mackenzie.br/fileadmin/Pos_Graduacao/Mestrado/Direito_Politico_e_Economico/Cadernos_Direito/Volume_4/02.pdf)> . Acesso em: 15 de abr. de 2016.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2012.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição da República Portuguesa anotada**, volume 1 – J.J. Gomes Canotilho, Vital Moreira, - 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Coimbra Editora, 2007.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CHEVALIER, Jean Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. Trad. Lydia Cristina. 8ª ed. Rio de Janeiro: Agir, 1998.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal**: comentários consolidados e crítica jurisprudencial, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DIDIER Jr. Fredie. **Sobre a fundamentação da decisão judicial**. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/artigos/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial/>>. Acesso em: 13 de abr. de 2016.

FONSECA, Rui Guerra da. **A imparcialidade como indisponibilidade do facto**: ou o critério essencial da distinção entre a administração e juiz/ Rui Guerra da Fonseca. In: **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda**. Coimbra:[S.n], 2012.

GALVÃO, Ciro di Benatti. **O dever de fundamentação e/ou motivação dos atos administrativos restritivos como forma de manifestação da dignidade da pessoa humana**. Relatório de estágio de mestrado, Ciências Jurídico-Políticas (Direito Constitucional), Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2009.

GOMES, Carla Amado. **Mudam-se os tempos, mudam-se os actos administrativos**: contributo para a construção de um regime de modificação do acto por alteração superveniente dos pressupostos, in: **Textos dispersos de direito administrativo**. Lisboa:[S.n], 2013.

GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. **As medidas de coacção no processo penal português**. Coimbra: Edições Almedina, 2011, ISBN 9789724047126.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, 4ª ed.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos. 12ª edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 4ª ed. rev e ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

MACÊDO, Fabrício Meira. **O princípio da proibição da insuficiência no Supremo Tribunal Federal**. In: Revista do Instituto do Direito Brasileiro – Faculdade de direito da Universidade de Lisboa. Ano 3 (2014), nº9. ISSN 21827567. Disponível em: <[http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/09/2014\\_09\\_07029\\_07072.pdf](http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/09/2014_09_07029_07072.pdf)>. Acesso em: 03 de mai. de 2016.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MENDES, Paulo de Sousa. **Lições de direito processual penal**. 3ª reimpressão da edição de setembro de 2013. Coimbra: Edições Almedina, 2013.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2011.

MICHAELIS. **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=proporcional>>. Acesso em: 15 de abr. de 2016.

MINAGÉ, Thiago. **Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória: Lei 12.403/2011 interpretada e comentada**. São Paulo: EDIPRO, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Direito Penal**. 10ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Atlas, 2000,

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, Tomo I, 9º edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, Tomo IV. 5ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

NERY, Jr. Nelson, NERY Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada**. 4ª ed., São Paulo: Ed. RT, 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana**. Volume II: dignidade e constitucionalidade. Coimbra: Edições Almedina.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**, 1ª edição (reimpressão), Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. 1ª edição. Coimbra: Coimbra, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 12ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**, 4ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 15ª ed. atualizada de acordo com a Lei 12.403 de 04 de maio de 2011. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

OTERO, Paulo. **Direito do procedimento administrativo**, vol. I. Coimbra: Almedina, 2016.

PIEROTH, Bodo; SCKLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. Trad. por Antônio Francisco de Sousa e Antonio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

PINHEIRO, Rui; MAURÍCIO, Artur. **A Constituição e o Processo Penal**. Coimbra: Editora Coimbra, 2007, p.90.

RIO, José Justino do. **O Direito Fundamental à Segurança Pública num Estado Democrático de Direito**. 2013. Disponível em <<http://revista.univem.edu.br/index.php/emtempo/article/viewFile/397/324>>. Consulta em 12 de abr. de 2016.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Editora Atlas, 2009, décima edição atualizada e ampliada.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**: princípios de direito político. Trad. de Antônio P. Machado. Ed. especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.

RUDOLFO, Fernanda Mambrini. **Proibição de proteção deficiente e de excesso de proibição**: restrição de liberdades constitucionais no processo penal e a lei n. 12.403/11. Espaço Jurídico, v. 13, p. 243-268, 2012.

RUIZ, Thiago. **O direito à liberdade**: uma visão sobre a perspectiva dos direitos fundamentais. Disponível em < file:///C:/Users/User/Downloads/11572-44735-1-PB.pdf>. Acesso em 07 de abr. 2016.

SAMPAIO, Jorge Silva. **O dever de proteção policial de direitos, liberdades e garantias**. 1ª edição. Coimbra: Coimbra, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia do direito fundamental à segurança**: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15197-15198-1-PB.pdf>>. Acesso em 12 de abr. de 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **Constituição e Proporcionalidade**: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. Disponível em: <[www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=53](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=53)>. Acesso em: 10 de out. de 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A problemática dos direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da constituição**. In: SARLET, Ingo. Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2015.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2ªed. 1 reimpr. Belo horizonte: Fórum, 2016.